القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي

*مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة**

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النظام القانوني الذي يحكم مسألة تدويل معاملات المستهلك في نظام التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال بيان القانون المختص للتطبيق على العلاقة بين المستهلك والجهات التي يتعامل معها، وكذلك بيان المعيار المناسب للعقد الدولي المشوب بعنصر أجنبي، ومن ثم بيان ضوابط تدويل هذه العلاقة في ضوء التشريع الأردني، وبعض تشريعات الدول بشأن التجارة الإلكترونية، وكذلك بيان موقف اتفاقية روما لعام 1980م بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وهذا كله لتحقيق الحماية للمستهلك في ظل غياب نصوص تشريعية خاصة بحمايته. وخلصت الدراسة إلى أن المشرّع المقارن لم يعالج مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على تعاملات المستهلك الإلكترونية، لذا دعت الدراسة المشرّع الأردني لمواجهة هذا القصور التشريعي من خلال التدخل لوضع قواعد إسناد خاصة تتناسب وطبيعة العقود الاستهلاكية الإلكترونية ذات الطابع الدولي.

الكلمات الدالة: المستهلك، قواعد الإسناد، قواعد البوليس، الاختصاص التشريعي، التجارة الإلكترونية، التشريع الأردني، العقد الإلكتروني.

المقدمـة

يعدّ التطور التكنولوجي والتقني في الاتصال ونقل المعلومات إلكترونياً من أبرز سمات العصر الذي نعيش فيه، فالتعاقد في الماضي لم يكن يثير أية مشكلة؛ نظراً لكون الإرادة تنقل عن طريق رسول أو بأي أسلوب تعبيري[1]، إلا أنه وبعد ظهور ما يعرف "بوسائل التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات"[2]، فقد ظهر التعاقد الإلكتروني[3] – الذي يعدّ العقد المبرم بين المستهلك[4] وبين جهات تقع خارج حدود دولة مقر إقامته المعتادة صورةً من صور هذا التعاقد، وقد تجلى أثر هذا التطور التكنولوجي والتقني في تعديل القواعد القانونية التي تحكم المعاملات المدنية والتجارية المختلفة بين الأشخاص؛ وذلك من أجل الإسراع في إبرامها وتنفيذها.

ونظراً لأهمية دور المعاملات[5] الإلكترونية[6] في عصرنا الحاضر، ولا سيما في مجال التجارة الإلكترونية[7] التي تعد الميدان الرئيس الذي يحيا ويكثر به إجراء مثل هذا النوع من المعاملات[8]، فقد أصدر المشرّع الأردني قانوناً خاصاً يحكم تلك المعاملات، هو قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم (85) لسنة 2001م[9].

ولا يمكن الحديث عن تعاملات المستهلك الدولية الإلكترونية إلا من خلال التطرق لوسائل الاتصال الحديثة التي تعدّ الأداة الرئيسة لإجراء تلك المعاملات، وأهم هذه الوسائل: الإنترنت، الحاسوب، البريد الإلكتروني، البرق، التلكس، النسخ البرقي (أو الفاكسميل)، الهاتف اللاسلكي[10].

ونظراً لتنوع مواضيع التجارة الإلكترونية، فقد اقتصرنا في هذه الدراسة على تناول موضوع محدد، هو القانون واجب التطبيق على عقد الاستهلاك الإلكتروني ذي الصفة الدولية[11].

إن موضوع هذه الدراسة ذو صلة كبيرة بحياتنا اليومية، وبشكل خاص الجانب الاقتصادي منها؛ ذلك أن للاستهلاك دوراً أساسياً في الحياة الاقتصادية؛ لما له من تأثير على الحياة اليومية لأفراد المجتمع، الأمر الذي دفع بنا إلى دراسة هذا الموضوع.

هذا وتظهر أهمية هذه الدراسة من الناحيتين النظرية والعملية؛ فالأهمية النظرية تتجلى في معرفة مدى ملاءمة القواعد القانونية التقليدية لحماية المستهلك؛ نظراً للحيز الذي تشغله عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية سواء لشراء السلع أو الاستفادة من الخدمات، ومن قبيل ذلك أهمية اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق في هذا النوع من العقود، لا سيما وإن أحدهما يجهل عادة هوية الشخص الآخر الذي يتعاقد معه، نظراً لعدم التواجد المادي في مجلس عقد واحد.

* كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن. تاريخ استلام البحث 2013/6/4، وتاريخ قبوله 2014/4/8.

أما أهميتها العملية، فتتجلى في أن التعاملات الإلكترونية الدولية التي يقوم بتنفيذها المستهلك مع جهات تقع خارج دولة مقر إقامته المعتادة، قد تفرض عليه قوانين لا يكون على علم أو اطلاع بتفاصيلها بصورة أقرب ما تكون إلى فرض الأمر الواقع الذي لا مجال للتهرب منه أو رفضه، وكل ذلك يحدث دون مراعاة اعتبارات التفاوت الحاصل في إجراءات التعامل مع نظام التجارة الإلكترونية بكل تشعباتها، وتضاعفت هذه المسألة، نظراً لوقوع الضرر بالطرف الضعيف في هذه العلاقة، وهو المستهلك في مقابل طرف آخر هو عادة المهني المحترف (ويسمى بالمزود)[12].

ويزداد الأمر تعقيداً؛ نظراً لغياب التشريعات التي توفر الحماية اللازمة للمستهلك خارج حدود دولته عند قيامه بهذه التعاملات وتدويلها دون وجود ضوابط محددة يمكن أن يتحقق معها الحد الأدنى للحماية، ومن ثم فإن الحاجة ملحة للنص على تنظيم قواعد الاختصاص التشريعي[13] بشأن هذا النوع من التعاملات بموجب قواعد قانونية خاصة بحماية المستهلك.

تكمن مشكلة الدراسة في عدم كفاية القواعد القانونية العامة، بما فيها قانون الإرادة – الواردة في التشريع الأردني[14] والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة وبعض تشريعات الدول بشأن التجارة الإلكترونية – لحماية المستهلك[15] في تعاملاته الإلكترونية الدولية؛ ذلك أن المشرّع الأردني لم يعالج مسألة حماية المستهلك في العقد الإلكتروني بموجب قانون المعاملات الإلكترونية، كما أنه لا يوجد قانون – حتى إعداد هذه الدراسة – خاص بحماية المستهلك في الأردن، وإنما هناك مشروع قانون لسنة 2011م[16].

كما أن تشريعات الدول بشأن التجارة الإلكترونية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة لم تحدد ضوابط تدويل تعاملات المستهلك بصورة واضحة، ومن هنا تظهر مشكلة اختيار المعيار المناسب لتحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة بين المستهلك والجهات الأخرى التي يتعامل معها.

لذلك تهدف هذه الدراسة إلى بيان أوجه القصور التشريعي لدى المشرّع الأردني بخصوص القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ومن ثم الخروج بنتائج وتوصيات بهذا الشأن.

وفي ضوء مشكلة الدراسة، فإن هذه الدراسة تطرح عدة تساؤلات، تتمثل بالآتي:

1. ما معيار تدويل تعاملات المستهلك في نظام التجارة الإلكترونية؟
2. ما ضوابط تدويل تعاملات المستهلك في ظل بعض تشريعات التجارة الإلكترونية، ومنها: التشريع الأردني؟
3. ما ضوابط تدويل تعاملات المستهلك في ضوء الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة وبخاصة اتفاقية روما[17] لعام 1980م بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية؟

سنعتمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في التشريع الأردني والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، وبخاصة اتفاقية روما[18] وكذلك بعض تشريعات الدول بشأن التجارة الإلكترونية، ومن ثم مقارنتها مع بعضها البعض؛ بغية استخلاص الأحكام القانونية منها، وكذلك تحليل آراء الفقه القانوني بخصوص مفردات موضوع الدراسة، وكذلك بيان موقف الاجتهاد القضائي من دولية العقد.

إن تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي يعتمد على تحديد مفهوم العقد الدولي، وكذلك بيان معايير دولية العقد الإلكتروني ومن ثم بيان معايير تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية.

لذا، فإن خطة هذا البحث ستكون على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم وأهمية تحديد دولية العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: معايير تحديد دولية العقد الإلكتروني.

المبحث الثالث: معايير تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية.

المبحث الأول
مفهوم وأهمية تحديد دولية العقد الإلكتروني

سنبين من خلال هذا المبحث مفهوم العقد الدولي ومن ثم أهمية تحديد دولية العقد، لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: مفهوم العقد الدولي

يعدّ العقد أهم صور التصرف القانوني، وهو التعبير القانوني لإجراء المعاملات سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، لذلك يمكننا القول أن العقد إما أن يكون داخلياً وإما أن يكون دولياً.

"إن الفقه القانوني يكاد يجمع على صعوبة تحديد مفهوم العقد الدولي، فيرى الأستاذ "Jean Christophe Pommer" أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي، بينما يؤكد الأستاذ "Legard" أن أية محاولة لوضع تعريف محدد للعقد الدولي سيفتح الباب للعديد من المناقشات المتباينة ذلك أنه من ناحية أولى يتعذر الوصول إلى تعريف موحد ينطبق على جميع أنواع العقود الدولية، وأنه إذا استثنينا غموض التعريفات المقترحة فإن عموميتها لن تكون مفيدة لأن خصوصية بعض

أنواع العقود الدولية قد يؤدي للتأثير على التعريف المقترح، ومن ناحية أخرى فإن تحديد معيار جامد تتحدد به صفة الدولية في العقد يتعين أن يؤخذ في الاعتبار تعدد وتعقد أشكال هذه العقود بالإضافة إلى أن ذلك قد يؤدي إلى عدم انطباق المعيار على عقد غير نمطي على الرغم من توافر صفة الدولية فيه"[19].

لذلك يثور التساؤل حول تحديد المقصود بالعقد الدولي، وهل يستمد صفته من الشكل الذي يتخذه أو من طبيعة العلاقة التي يحكمها؟

نلاحظ بادئ ذي بدء أن العقود الدولية تتبنى عادة شروطاً عامة لبيع السلعة محل العقد بحيث أن هذه الشروط أصبحت توصف بأنها عقود نموذجية، ومع ذلك يتعين علينا أن نلفت النظر إلى أنه لا يزال هناك فارق بين الشروط العامة والعقود النموذجية، "إذ إن الشروط العامة التي يشير إليها العقد الدولي بشأن التعامل على سلعة معينة تضم مجموعة من البنود أو القواعد العامة التي يستعين بها المتعاقدون في إتمام تعاقدهم فيشيرون إليها ويضمنونها عقدهم، ثم يكملونها بعد ذلك بما يتفقون عليه من كمية وثمن وميعاد للتسليم ومكان هذا التسليم وغير ذلك من المسائل التفصيلية للعقد، أما العقد النموذجي فهو مجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة وتتضمن تفاصيل العقد بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل ولا تكون في حاجة إلا إلى إضافة أسماء الأطراف وكمية البضاعة وزمان تسليمها ومكانه ووسيلة النقل"[20].

لذلك، فإن العقد الدولي كما قد يكون عقداً يتضمن صيغة معينة لنوع من الشروط العامة أو يشير إلى هذه الصيغة، فإنه قد يتمثل في عقد من العقود النموذجية.

ومن ناحية أخرى نلاحظ أن العقد يستمد صفته الدولية في واقع الأمر من طبيعة العلاقة التي يحكمها، ومع ذلك فإن دولية العلاقة قد أثارت بعض الصعوبات، ويمكننا أن نعتمد على المفهوم الذي أتى به القانون الموحد للبيع الدولي الذي وضع بموجب اتفاقية لاهاي سنة 1964 بموجب المادة الثالثة منه، فالبيع الدولي وفقاً لهذا المفهوم لا يرتبط باختلاف جنسية المتعاقدين، إذ قد يعدّ البيع دولياً ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة، وإنما العبرة باختلاف مراكز أعمال الأطراف المتعاقدة أو محال إقامتهم العادية، وبالإضافة إلى هذا المعيار أضاف القانون الموحد أحد معايير موضوعية ثلاثة، هي:

أ. وقوع البيع على سلع تكون عند إبرام البيع محلاً للنقل من دولة إلى أخرى (بيع البضاعة في الطريق) أو ستكون بعد إبرام البيع محلاً لمثل هذا النقل.

ب. صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين ولا يشترط أن تكونا الدولتين اللتين يقع فيهما مركز أعمال المتعاقدين أو محل إقامتهما العادية، إذ العبرة باختلاف دولة الإيجاب عن دولة القبول.

ج. تسليم المبيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول، ويعتبر البيع دولياً في هذا الفرض ولو لم يقتض انتقال المبيع من دولة إلى أخرى.

مما تقدّم يمكننا القول، بأن مفهوم العقد الدولي يستمد من طبيعة العلاقة التي يحكمها، ويتخذ عادة شكل شروط عامة أو عقد نموذجي، وبناءً على ذلك، فإن الشكل النموذجي للعقد وإن كان من خصائص العقد الدولي، إلا أنه ليس من مستلزماته.

إن العقد الدولي الإلكتروني، في الواقع، لا يخرج في بنائه وتركيبه وأنواعه ومضمونه عن هذا السياق، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة بخصوص العقد الدولي.

ولما كان العقد الدولي الإلكتروني من طائفة العقود عن بعد، فقد حدّدت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بُعد، المقصود بالتعاقد عن بُعد بأنه: "أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بُعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد".

يذهب بعض الفقه إلى تعريف العقد الدولي الإلكتروني بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بُعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، ويفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[21].

وهذا التعريف – في رأينا – هو تعريف ناقص، حيث إنه لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية.

لما كان العقد الدولي الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يتميز بأنه يتم، في الغالب، على المستوى الدولي، فقد ذهب البعض إلى تعريف عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي بأنه: "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، بهدف إتمام العقد"[22].

وقد عرف البعض العقد الدولي الإلكتروني بأنه: "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات

تعاقدية"[23]، فالعقد الدولي الإلكتروني إذن هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة الاتصالات والمعلومات، بقبول مطابق له صادر من الطرف المقابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها.

في ضوء ما سبق، يتضح لنا أن مفهوم العقد يختلف باختلاف طبيعته، فالعقد الداخلي البحت تحكمه القواعد الوطنية ويخضع للقواعد الآمرة بحيث لا تستطيع إرادة الأشخاص لوحدها تجاوز هذه القواعد أو مخالفتها، كما أن مشكلة تنازع القوانين لا تثار أصلاً بشأن هذا القعد الذي لا يحكمه إلا القانون الداخلي للدولة التي ينتمي إليها، وهو غالباً قانون القاضي.

على العكس من ذلك، تثار هذه المشكلة بشأن العقد الدولي الذي يمكنه التخلص من سلطة القواعد الآمرة في دولة ما بخضوعه للقانون الذي تحدده إرادة الأطراف وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره من المبادئ الأساسية للقانون الدولي الخاص.

أصبح اليوم يوجد نظام قانوني خاص بالمعاملات الدولية يفترق عن ذلك الذي يحكم المعاملات الداخلية، فمقتضيات مثل حق الأطراف في اختيار قانون العقد، أو شرط التحكيم، أو شرط الذهب هي أمور باطلة إن وردت في عقد داخلي، تنقلب صحيحة إن وردت في عقد دولي، ومن هنا جاءت ضرورة بيان مفهوم العقد الدولي بالنظر إلى النتائج القانونية الهامة التي تترتب عليه، وجوهرها أن دولية العقد شرط أولي ولازم لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، سواء ما كان من هذه القواعد ذو صبغة مادية أو ما كان منها معتبراً من قواعد تنازع القوانين.

ونطرح في هذا السياق تساؤلاً مفاده: ما معيار التمييز بين العقد الداخلي والعقد الدولي؟

يتمتع هذا التساؤل بأهمية بالغة إذ لا يمكن للمحاكم الوطنية التسليم المطلق بإرادة الأطراف بإخضاع عقدهم لقانون أجنبي لمجرد أنه يوفر لهم تسهيلات متعددة لا يقدمها لهم القانون الوطني، في حين أنه لا يوجد في هذا العقد أي عنصر يبرر منحه الصفة الدولية.

فالمحاكم الأردنية مثلاً لا تقبل بتطبيق قانون أجنبي على عقد داخلي في جميع عناصره لمجرد أن المتعاقدين قرروا ذلك بهدف التملص من القواعد الآمرة في القانون الأردني.

وعليه، إذا كانت الإرادة تلعب دوراً هاماً في نطاق العلاقات التعاقدية ولا سيما فيما يخص تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، إلا أنها لا تكفي لمنح الصفة الدولية لهذه العقود.

يتوجب إذن على القاضي الناظر بالنزاع تكييف العقد وإعطائه الوصف القانوني الملائم بهدف التأكد من حقيقة الحلول المطبقة عليه. وسنبحث في معايير تحديد دولية العقد الإلكتروني من خلال المبحث الثاني من هذه الدراسة تجنباً للتكرار هنا وهناك.

المطلب الثاني: أهمية تحديد دولية العقد

في الوقت الراهن، يحتل العقد مركز الصدارة في العلاقات الدولية الخاصة سواء بالنسبة للأفراد باعتباره مصدراً هاماً لتحقيق الأرباح في عالم أصبحت فيه الحدود مفتوحة أمام تدفق رؤوس الأموال والخدمات عبر الدول، أو بالنسبة للدولة التي باتت تسارع في إصدار القوانين التي تشجع المستثمرين وتمنحهم الضمانات اللازمة لإبرام عقودهم وتنفيذها بكل اطمئنان وثقة.

إن أهمية تحديد دولية العقد تطرح عدة تساؤلات مهمة.

ففي ظل المتغيرات الاقتصادية التي نشهدها حالياً لا يمكن لمفهوم العقد الدولي إلا أن يتأثر، فإذا كانت الإرادة قد لعبت دوراً جوهرياً في الالتزامات التعاقدية خلال القرن التاسع عشر، فهل تطور دورها أكثر أو تراجع في القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين؟ وهل اختلفت تبعاً لذلك مفهوم العقد لاختلاف بعض المفاهيم في القانون الدولي الخاص؟

وهل يتمتع العقد الدولي اليوم بالمفهوم ذاته الذي عرفه منذ قرنين وأكثر؟ وهل تعالج المشاكل التي يطرحها سواء فيما يتعلق بمفهومه أو بالقانون واجب التطبيق عليه بالطريقة ذاتها المعروفة حتى الآن؟

حتى هذه اللحظة ينظر إلى العقد الدولي بأنه ليس إلا صورة للعقد المعروف في العلاقات الداخلية مع اختلاف واحد يعود إلى احتواء العقد الدولي على عنصر أجنبي، يكرس هذا المفهوم في مضمونه نظرة قانونية تقليدية تضع دور الدولة في المقدمة.

وقد يبدو هذا المفهوم صحيحاً للوهلة الأولى، لأن القانون يتطور ضمن نطاق المجتمع في كل دولة، وهذه الأخيرة هي التي تعدله لتوافقه مع حاجاتها وحاجات مؤسساتها، ومن جهة أخرى أليس من مهام القانون الدولي الخاص الأساسية تحقيق التعايش بين الأنظمة القانونية المختلفة؟ وعليه فإن العقد الدولي وفق هذه النظرة لا يتمتع بوجود مستقل بذاته وإنما بكيان مرتبط بالمجتمع الذي يطبق عليه القانون الدولي الخاص لكل دولة.

في ظل هذا المفهوم فإن العقد الدولي لا يطرح سوى مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق عليه بسبب تضمنه لعنصر أجنبي واحد أو أكثر، فما على القانون الدولي الخاص إذن إلا

أن يلحقه بإحدى الأنظمة القانونية التي يتصل بها ليطبق عليه أحد القوانين الأشد ارتباطاً به.

ولكن قد تعجز قواعد التنازع في تحديد القانون واجب التطبيق فيصبح العقد دون قاعدة، أو قد يشكل هذا الأخير كياناً قائماً ومستقلاً بذاته، ويرفض الارتباط بنظام قانوني معين، وهنا نصل إلى النظرة الثانية: للعقد الدولي كيان مستقل بذاته، وهذا على الأقل ما تؤكده التجربة العملية. في الواقع نلاحظ بأنه على الرغم من خضوع العقد الدولي للقانون الوطني لدولة ما فإنه يخضع أيضاً بالنسبة لكثير من الأنظمة القانونية لقواعد خاصة تمليها صفته الدولية، وعليه إذا اعتبر عقد ما دولياً بسبب مشكلة تنازع القوانين التي تثيرها عناصره الأجنبية، فإنه يمكن أن يعتبر دولياً أيضاً من منظار آخر عندما يتوقف النظام القانوني المطبق عليه عن النظر إليه فحسب من خلال مقارنته بعقد داخلي مشابه له.

يتوجب إذاً في ظل هذه المتغيرات إلقاء نظرة جديدة على العقد الدولي الذي يوليه القانون الدولي الخاص أهمية متزايدة ولا سيما مع انتشار وتوسع مفهوم التجارة العالمية وحرص الدول على تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال إليها.

وباعتبار العقود الدولية تتصل بأكثر من نظام قانوني لاتصالها بدول مختلفة، فإن تحديد الصفة الدولية لهذه العقود يترتب عليها نتائج قانونية هامة، هي:

"1. تمتع العقد بالصفة الدولية يمنع من تطبيق قانون وطني محدد كان سيطبق عليه مباشرة دون حاجة لقواعد الإسناد.

2. إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص"[(24)].

برأينا قد يحصل في الواقع العملي أن يقوم المستهلك باقتناء أغراض لاستعماله الشخصي أو المنزلي من خارج الدولة التي يوجد بها محل إقامته المعتاد، وتنتقل هذه البضاعة عبر الحدود، مقابل انتقال ثمنها، كأن يقوم مستهلك أردني مقيم بألمانيا بطلب سيارة خاصة من معمل أمريكي لإنتاج السيارات، فيقوم المعمل الأمريكي بإرسال السيارة إلى المستهلك الأردني، ويقوم هذا الأخير بإرسال ثمنها للمعمل، من الناحية القانونية يعتبر هذا العقد عقداً دولياً لأنه يحتوي على عناصر أجنبية فعّالة كاختلاف محل إقامة المتعاقدين، واختلاف مكان تنفيذ العقد، ومن الناحية الاقتصادية أيضاً يعتبر هذا العقد عقداً دولياً وذلك بتعلقه بالتجارة الدولية لأنه يوجد انتقال للأموال والبضائع عبر الحدود الدولية، وبالنتيجة فإنه يترتب على تحديد دولية العقد أهمية بالنظر إلى النتائج المترتبة على هذا التحديد، وقد تكون هذه النتائج خطيرة جداً ومؤثرة على مركز المستهلك، وعلى الحماية القانونية الخاصة التي يلقاها من قبل جل التشريعات الوطنية التي تحميه من تعسف المزود ومن الشروط التعسفية أو من إعفاء المزود من المسؤولية أو إنقاصها بشكل مجحف، أو إعفائه من ضمان مطابقة المنتجات وسلامتها.

تتمثل أهمية اعتبار العقد دولياً على المستهلك في أنه يخضع لقواعد خاصة هدفها الأساسي تحرير التجارة الدولية من جميع القيود الوطنية، وذلك بمنح مجال واسع لحرية الأطراف في اختيار القواعد التي يخضع لها عقدهم، فلهم حرية اختيار القانون الذي يخضع له عقدهم، كما أنه في بعض الحالات يلتزم الأطراف بإخضاع عقدهم الدولي لشروط العقد وحدها دون خضوعه لأي قانون، وهو ما يصطلح عليه بالعقد غير الخاضع لقانون، وهو من النتائج التي تترتب على اعتماد النظرية الشخصية، فتعامل بنود العقد وفقاً لهذه النظرية معاملة القانون، ويجب الالتزام بها عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، ولو احتوت على شروط تعسفية، وهو أمر غير مستساغ في نظر قانون حماية المستهلك.

كما يمكن أن يخضع العقد الدولي للقواعد الموضوعية المباشرة لقانون التجارة الدولية، أو الأعراف التجارية الدولية وهي مبادئ وأعراف وضع أغلب أحكامها المجتمع الغربي الأوروبي، بما يراعي مصالحه الخاصة ومصالح تجارته الدولية فقط، دون مراعاة لمصالح دول العالم الثالث.

لذلك، فإن تطبيق القواعد العامة على العقد الدولي تجعلنا نعامل المستهلك معاملة الشخص المزود في مجال التجارة الدولية، وهو شخص ليس له دراية بشؤونها، خصوصاً أنه مجال صعب حتى على الذين يحترفون التجارة الدولية، إذ كثيراً ما يجدون أنفسهم يخضعون لقواعد قانونية لا يعرفونها ولا توفر لهم الحماية اللازمة، وفي ذلك كله مشقة على المستهلك الذي يطلب حماية خاصة من الشروط التعسفية التي قد يضعها المتعاقد الآخر المزود، ويطلب شروط ضمان خاصة بوضعه كمستهلك.

ومن هنا يجدر بنا التساؤل إذا كان أحد أطراف العقد الدولي مجرد مستهلك يقتني أغراضاً من الخارج، فهل يعتبر هذا العقد عقد دولي، ويعامل تلك المعاملة القاسية التي يعامل بها هذا النوع من العقود، مراعاة لمصالح التجارة الدولية فقط؟ أم تراعى مصلحة المستهلك والحماية المقررة له؟

بما أن إيجاد تعريف جامع مانع للعقد الدولي أضحى بالنسبة للفقه – أمام تعقيد عناصره – أمراً ليس يسيراً، حيث أنه من الأمور التي اختلفت فيها الآراء، واتسع فيها الجدل القانوني، مما يجعل مسألة تحديد دولية العقد من عدمها صارت أكثر تعقيداً وترتبط ارتباطاً مباشراً بالإجابة على التساؤل التالي: ما معيار التمييز بين العقد الداخلي والعقد

الدولي؟ سنجيب على هذا التساؤل من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني

معايير تحديد دولية العقد الإلكتروني

إنّ إضفاء الصفة الدولية على العقد الإلكتروني يقتضي منا البحث عن معيار موضوعي لوصف العقد الإلكتروني بالصفة الدولية، ولتحديد الصفة الدولية توجد معايير فقهية تتمثل في كلٍ من: معيار قانون الإرادة، والمعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي، وقد تأرجح الاجتهاد القضائي بين الأخذ بالمعيارين الأخيرين، أو المزج بينهما من خلال التطبيق الجامع للمعيارين، مما يجعل تقدير هذه المعايير والمواقف بالغ الأهمية للحكم بالصفة الدولية على عقود الاستهلاك الإلكترونية، مما يتطلب بيان مفهوم هذه المعايير، ومن ثم بيان موقف الاتفاقيات الدولية منها، وكذلك بيان موقف الاجتهاد القضائي من مسألة دولية العقد.

لذلك، سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول المعايير الفقهية لتحديد دولية العقد الإلكتروني، وفي المطلب الثاني نبحث في موقف الاتفاقيات الدولية من هذه المعايير، ومن ثم نعالج في المطلب الثالث موقف الاجتهاد القضائي من مسألة دولية العقد.

المطلب الأول: المعايير الفقهية لتحديد دولية العقد الإلكتروني

يمكن حصر المعايير التي اقترحها الفقه القانوني للتفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية في ثلاثة معايير: معيار قانون الإرادة، والمعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي، وسنبحث هذه المعايير ضمن ثلاثة فروع.

الفرع الأول: معيار قانون الإرادة لتحديد دولية عقد الاستهلاك الإلكتروني

يُقصد بقانون الإرادة، القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما التعاقدية، وبناءً على ذلك، يجوز للطرفين في عقد الاستهلاك الإلكتروني الاتفاق على إخضاع علاقتهما التعاقدية لقانون آخر غير قانون بلد إبرام العقد، أو قانون بلد تنفيذه، أو قانون موطنهما المشترك[25]، أو لأي قانون آخر واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الأسناد[26] في القانون الدولي الخاص.

هذا ولا يكاد يخلو تشريع أو اتفاقية دولية من النص صراحةً على ضرورة احترام حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاقاتهم التعاقدية وعلى نحو ما سنرى تفصيلاً في هذه الدراسة.

ومن ثم، أصبحت أحد أهم سمات التعاملات الإلكترونية في وقتنا الحاضر التي تتم بين أطراف ينتمون إلى جنسية أكثر من دولة واحدة، هي قيام أطرافها بتحديد القانون واجب التطبيق عليها مسبقاً، وذلك بصورة شرط مستقل[27]، ورغم ذلك، فإنه قد تخرج بعض التعاملات عن نطاق تطبيق قانون الإرادة، نظراً لأن التعاملات التي يبرمها المستهلكون من خلال الوسائل الإلكترونية يغلب عليها الطابع العقدي، لذا فإن العلاقات الناشئة عنها تخضع للمعايير التي أخذ بها الفقه القانوني لتحديد معيار العقد الدولي، والذي يشكل أحد صوره تطبيق قانون الإرادة.

إلا أن تكييف مسألة دولية العقد عموماً أصبحت لا تقتصر على تحديد معيار الدولية الذي يتعين توافره لتطبيق قاعدة الإرادة، فهناك ارتباط بين معيار الدولية ونظرية تنازع القوانين، فالعقد الدولي هو الذي يثير تنازع القوانين، وتنازع القوانين لا يقوم بدون الصفة الدولية للعقد، وهذه الثنائية أصبح يتوقف عليها تطبيق قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات التعاقدية[28].

هذا ومن المستقر تشريعياً أن الطرفان يستطيعان اختيار القانون واجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي، ومن التشريعات التي نصت على قانون الإرادة القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987م[29] (المادة 1/116)، والتقنين المدني لإقليم كيبيك في كندا لسنة 1994[30] (المادة 1/3111)، والقانون التجاري الموحد الأمريكي (Uniform Commercial Code, UCC)[31] (المادة 1-1/105)، والقانون المدني المصري لسنة 1948م[32] (المادة 1/19)، والقانون المدني الأردني لسنة 1976م[33] (المادة 1/20)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة 1985م (المادة 1/19)، ومجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998م (المادة 62)[34].

وفيما يتعلق بالعقود الاستهلاكية الإلكترونية على وجه الخصوص، فقد نصت على قانون الإرادة المادة (109) من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لسنة 1999م (Uniform Computer Information Transactions Act)[35]، والتي جاء فيها: "يجوز للطرفين، في اتفاقهم، تحديد القانون واجب التطبيق ..." (The parties in their agreement may choose the applicable law …)، كما أن قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2004م أكد على ما جاء في المادة (1/19) من القانون المدني المصري بخصوص قانون الإرادة، حيث نصت المادة (2) منه على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

أما فيما يتعلق بالأردن، فإنه لم يرد في القوانين النافذة نصا يجيز للأطراف اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني، الأمر الذي يجعل من الاجتهاد أمراً لا مفر منه[36]، وبرأينا فإنه ينبغي أن يتم تطبيق القانون الذي يختاره الطرفان لحكم عقدهما الإلكتروني، لا سيما وأن الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني الأردني تسير على هدي المادة (1/19) من القانون المدني المصري المذكور أعلاه. ذلك أنه بالرجوع إلى نص الفقرة الأولى من المادة (20) مدني أردني نجدها تتطابق مع نص المادة (1/19) مدني مصري وذلك بنصها: "1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

وعليه، ولأن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي إلا بالطريقة التي يتم فيها انعقاده[37]، فإن قانون الإرادة يسري مبدئياً عليه كما يسري على العقد العادي[38]، ولذلك نصت المادة (4/1) من التوجيه الأوروبي رقم (2000/31) لسنة 2000م بشأن التجارة الإلكترونية[39] على أن: "هذا التوجيه لا يضع قواعد إضافية بشأن القانون الدولي الخاص ..".

في ضوء ما تقدّم، نلاحظ أن خضوع عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي لقانون إرادة الأطراف يعدّ من المبادئ المهمة في التعاملات الإلكترونية إما بوصف تلك الإرادة وسيلة لنزع الرابطة العقدية من حكم القانون، أو لإخضاعها لسلطانه.

وبرأينا فإن الإرادة تعدّ ضابطاً للإسناد[40] في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود، ومنها عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي.

هذا وتكمن أهمية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون واجب التطبيق على العقود سالفة الذكر، وكما يرى جانب من الفقه القانوني[41] – بحق – أنه يعطي للنصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعمل على تكملة النقص الوارد في هذه العقود، ويحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تفسيرها ويشكل حماية لكل الأطراف المتعاقدة.

لذلك، فإنه من حق الأطراف المتعاقدة في عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية اختيار النظام القانوني المناسب لتطبيقه على هذه العقود، ومن ثم فإن الصفة الفنية لقاعدة قانون الإرادة هي قاعدة موضوعية يلزم القاضي بتطبيقها مباشرة على النزاع ما لم تخالف النظام الاقتصادي العام في الدولة، أو يقصد بها التحايل نحو القانون، فعندئذ يتم تعطيل العمل بهذه القاعدة ويتعين على القاضي الوطني استبعاد القانون الذي عينته قاعدة الأسناد في حال توافر أي من هاتين الحالتين[42].

الفرع الثاني: المعيار القانوني لدولية العقود الإلكترونية التي يبرمها المستهلك

إذا أخذنا بالمعيار القانوني كأساس لتحديد دولية عقد الاستهلاك الإلكتروني بحسب الأسس المتعارف عليها في مبادئ تنازع القوانين، فإنه وفق هذا المعيار يصبح مفهوم هذا العقد، بأنه ذلك العقد الذي يدخل بين أطرافه عنصر أجنبي، والمتمثل في السبب المنشئ للعلاقة، أو المتعلق بأحد أطراف العلاقة، أو المتعلق بمحلها[43]، وعليه يكون عقد الاستهلاك الإلكتروني دولياً عندما ينتمي الطرفان بجنسيتهما إلى دول مختلفة أو تكون أماكن عملهما في دول مختلفة، أو عندما يكون العقد واجباً تنفيذه في دولة أخرى غير تلك التي يوجد فيها أماكن عمل الطرفين، أو عندما يتم إبرام العقد في دولة أخرى غير الدولة التي ينتمي إليها أي من الطرفين بجنسيته أو يوجد فيها مكان عمله.

وعليه، إذا أبرم شخص أردني الجنسية عقداً مع آخر سوري الجنسية، فإن هذا العقد يعدّ دولياً، ويعدّ دولياً أيضاً العقد الذي يبرمه أردنيون في بلد أجنبي.

ولأنه يتدخل في العقد المذكور أشخاص يتواجدون أو ينتمون إلى دول مختلفة، لذا تتوفر فيه عادة الصفة الدولية[44]، فالعقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت مثلاً يشارك فيه مستخدم الشبكة المقيم في دولة ما، والمزود من دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها من دولة ثالثة[45]... إلخ، غير أن العقد الإلكتروني، وخلافاً للعقد التقليدي، يسبح في فضاء افتراضي ليس له روابط أو صلات مكانية أو جغرافية، الأمر الذي دفع البعض إلى القول بوجود فراغ قانوني، على الأقل فيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص.

غير أن شبكة الإنترنت بطبيعتها دولية كما يدل على ذلك اسمها المكون من مقطعين (inter) أي (International) دولية و(net) أي (Network) شبكة[46]، فهي شبكة عالمية لا تتبع دولة معينة، ويتاح فيها التداول للمستخدمين من كل الدول في العالم دون استثناء، كما أن هذه الشبكة تعد انعكاساً حقيقياً للعولمة مما يؤدي إلى صعوبة توطين العقود الاستهلاكية الإلكترونية التي تجري في إطارها[47].

وأمام ذلك كله، فإنه لا مناص من التوسع في تفسير الصفة الدولية لعقد الاستهلاك الإلكتروني وفقاً للمعيار القانوني، وبخاصة ذلك الذي يتم بين منشأة تجارية ومستهلك (B2B)، بحيث يتم اعتبارها دولية لمجرد أنها أبرمت عبر شبكة الإنترنت، ما لم يكن واضحاً أن التاجر يحصر معاملاته بالمستهلكين من دولته فقط[48].

ومن خلال ما تقدّم يمكن اعتبار عقد الاستهلاك

الإلكتروني دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا أبرم مثلاً في الأردن بين أردني مقيم في الأردن وفرنسي مقيم في فرنسا، ويتعلق الأمر ببضاعة يجب تسليمها في إسبانيا، ففي هذا المثال ثلاثة أنظمة قانونية مختلفة وهذا راجع لوجود اختلاف في الجنسية واختلاف في الإقامة، إضافة إلى أن مكان تسليم البضاعة في دولة ثالثة.

لكن، السؤال الذي يطرح هو: هل جميع العناصر القانونية تقف على قدم المساواة في تحديد دولية العقد أم أن هناك عناصر فعّالة وعناصر غير فعّالة؟

للإجابة على هذا السؤال هناك رأيان[49]:

الرأي الأول:

أخذ به الفقه التقليدي، ويقر بالتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، حيث يترتب على وجود أحد هذه العناصر توفر العنصر الأجنبي في العقد، وبالتالي يكتسب صفة الدولية مما يؤدي بالمتعاقدين إلى اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد، وبذلك يكفي لكي يكتسب المتعاقدان الحق في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، أن يكون هذا الأخير مرتبطاً بأكثر من نظام قانوني من خلال اختلاف جنسية المتعاقدين، أو اختلاف محل الإقامة، لكن ما عيب على هذا الرأي أنه يتميز بالجمود، لأنه يؤدي إلى إعمال القانون الدولي الخاص بمجرد أن يتوفر في الرابطة العقدية عنصر أجنبي، بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة.

الرأي الثاني:

وقد أخذ به الفقه الحديث، بحيث لا يتعامل مع هذه العناصر على قدم المساواة ويفرق بين العناصر الفعّالة والعناصر غير الفعّالة، ويمكن على ضوء العناصر الفعّالة اعتبار عقد ما عقدا دولياً، أما إذا كان في العقد عنصر أجنبي لكنه غير فعّال، فلا يعتبر العقد دولياً ولا يؤخذ بقواعد التنازع في تنظيمه، فاختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة لا يعدّ من العناصر التي تضفي على العقد المبرم صفة الدولية، حيث يعدّ عنصراً ضعيفاً لتحديد صفة الدولية للعقد، ويرجع ذلك إلى أن ضابط الجنسية لا يعبر عن طبيعة العملية القانونية المبرمة إلا في الحالات التي يجتمع فيها هذا العنصر مع جملة من العناصر الأخرى.

ومن جهة أخرى، فإن عنصر مكان إبرام العقد كثيراً ما يكون عنصراً محايداً لا يصلح كذلك لإضفاء الطابع الدولي على العقد، خاصة فيما لو كان إبرام العقد في دولة أجنبية مثلاً لمحض الصدفة ليس إلا.

وعلى العكس، فإن محل تنفيذ العقد وكذا اختلاف موطن المتعاقدين حتى لو اتحدا جنسية، يعدّ من العناصر الفاعلة التي تكفي لإضفاء الصفة الدولية على عقود الاستهلاك الإلكترونية، وبناءً على هذا فإن عقد البيع الذي يبرم بين أردنيين يقيم أحدهما في ألمانيا والآخر في أستراليا يعدّ عقداً دولياً في غالب الفروض؛ حيث إن تسليم المبيع سيتم في دولة تختلف غالباً عن الدولة التي سيؤدى فيها الثمن لاختلاف محل إقامة المتعاقدين.

وتطبيقاً لما سبق، نجد أن القضاء الفرنسي لم يتبنى المعيار القانوني لتحديد دولية العقد، ففي قضية تارديو (Arret Tardieu) والتي تتلخص وقائعها في عقد أبرم بين مؤسسة تخضع للقانون الفرنسي ومقرها في فرنسا وفرنسي مقيم في باريس، لكي يتولى تمثيل الشركة في الدولة الكولومبية، وقد تضمن هذا العقد شرط التحكيم في حالة نشوب نزاع، لكن أيدت محكمة النقض الفرنسية ما أقرته محكمة الاستئناف، واعتبرت العقد داخلياً بقولها: "حيث إن محكمة الاستئناف قد أوضحت أن العقد المبرم بين فرنسيين متوطنين بفرنسا، والذي يخضع التزامات الطرفين المتعاقدين للقانون الفرنسي لا يكتسب الطابع الدولي، حتى لو كان أحد طرفيه مضطراً لمغادرة فرنسا، وأنه لهذا السبب تكون محكمة الاستئناف قد أسست حكمها، الأمر الذي يتعين القول معه بأن الطعن بالنقض غير مؤسس"[50].

ما يلاحظ على حكم محكمة النقض الفرنسية أنها لم تأخذ بالمعيار القانوني وذلك بعدم اعتبار العقد دولياً لعدم وجود عناصر هذا المعيار.

كما نلاحظ أن هذا الحكم لم يعط أهمية لمحل التنفيذ الذي يتم في دولة أخرى والمتمثلة في كولومبيا، وبذلك فمحكمة النقض الفرنسية في هذه القضية اعتبرت كلا من الجنسية ومحل التنفيذ من العناصر غير الفعّالة في العملية التي أجريت، رغم أن العنصرين – برأينا – يعدان من بين العناصر المؤثرة والفعّالة لاكتساب العقد صفة الدولية.

وعلى هذا الأساس فإن تكييف القاضي للعلاقات التعاقدية على أنها دولية وفقاً للمعيار القانوني يتطلب توفر عنصر أجنبي واحد، بشرط أن يكون هذا العنصر فعّالاً، لذا نعتقد أن العناصر الفعّالة تختلف من قضية إلى أخرى، بحيث يصعب تحديدها مسبقاً، وينبغي – برأينا – ترك ذلك لتقدير القاضي مع فرض الرقابة عليه.

الفرع الثالث: المعيار الاقتصادي لدولية العقود الإلكترونية التي يبرمها المستهلك

لقد اختلف الفقه في تغليب المعيار الاقتصادي لدولية العقد، حيث ذهب رأي[51] إلى أهمية وجود المعيار الاقتصادي

بجانب المعيار القانوني، وذهب رأي آخر[52] إلى عدم جدوى وجود هذا المعيار لدولية العقد، بينما ذهب رأي آخر للفقه[53] إلى تأييد وجود المعيار الاقتصادي.

هذا ونجد أنه إذا كان المعيار القانوني هو اتصال أحد عناصر العقد بأكثر من نظام قانوني، وكان المعيار الاقتصادي يعدّ دولياً كل عقد يتعدى بتبعاته وآثاره الاقتصاد الداخلي للدولة وبحركة رؤوس الأموال خارج الحدود، فمن الممكن أن يتصل العقد باقتصاد أكثر من دولة وبالنصوص القانونية لأكثر من دولة أيضاً، فهذه العقود تكون متصلة بنظامين قانونيين ومتعدية في الوقت ذاته حدود الدولة الواحدة[54].

إذاً بالنظر إلى تداخل العلاقات القانونية والاقتصادية في بعض العقود المبرمة من خلال نظام التجارة الإلكترونية يمكن الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي، إلا أنه يصعب إضفاء صفة الدولية اعتماداً على المعيار الاقتصادي فقط عندما يرتبط العقد باقتصاد دولة واحدة، أو الاكتفاء باللجوء إلى المعيار القانوني لاتصال العقد بأكثر من نظام قانوني[55].

وإن كان المعيار القانوني ما زال هو الأساس لتحديد دولية العقد، إلا أن خصوصية عقود الاستهلاك الإلكترونية تفرض تغليب المعيار الاقتصادي[56]، استناداً إلى أن الميدان الرئيس الذي يحيا ويتواجد به ويكثر إجراء مثل هذا النوع من التعاقد هو التجارة الإلكترونية التي تمارس عبر الإنترنت، ومن ثم فإن هذا المعيار يبني الصفة الدولية للعقد على أساس الطبيعة الاقتصادية الدولية التي يكرسها، ويتجلى ذلك من خلال أمرين رئيسيين، هما: **أولاً** أن العقد يكون دولياً إذا نتج عنه انتقال للبضائع ورؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود وهو ما يتم فعلاً في نطاق التعاقد الإلكتروني عبر وسائل تبادل البيانات والمعلومات وبخاصة شبكة الإنترنت، **وثانياً** أن العقد يكون دولياً إذا تضمن عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي، ذلك أن عقد الاستهلاك الإلكتروني غالباً ما يتسم بالطابع الاقتصادي الدولي، لذا فإنه يندرج تحت مسمى عقود التجارة الإلكترونية الدولية، ويقصد بذلك تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين المستهلك والمزود باستخدام وسائل تبادل البيانات والمعلومات، وهذا يؤدي بدوره إلى تنمية النشاط الاقتصادي بين الأشخاص.

وعلى الرغم من الميل إلى المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العلاقة في نظام التجارة الإلكترونية، إلا أنه مع ذلك يجب البحث عن توافر صفة الدولية في عناصر هذه العلاقة كي يمكن تطبيق قواعد تنازع القوانين أو قواعد القانون الدولي الخاص عليها من خلال مؤشرات معينة[57]، ومنها: إذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، أي إذا كان موضوعه تبادل السلع والخدمات عبر شبكة الإنترنت مثلاً، أو أن الصفة الدولية تلحق العقد بناءً على العنصر أو العناصر الإيجابية التي تطرقت إلى العقد فأصبح دولياً لارتباطه بأكثر من نظام قانوني، إلا أنه في الالتزامات التعاقدية يضاف لها خصوصية معينة مصدرها طبيعة ضابط الإسناد، فضابط إرادة الأطراف لا يكشف عن القانون واجب التطبيق[50]، فإرادة الأطراف ضابط إسناد غير موضوعي يتطلب نشاطاً إيجابياً من جانب الأطراف، يتمثل في قيام الأطراف بالاختيار الصريح أو الضمني لنظام قانوني ما، أي أن قواعد التنازع هي قواعد استدلالية لا تشير إلى تطبيق قانون معين في جميع الحالات، وبأن تحديد هذا القانون يخضع لإرادة الأطراف[58].

إذاً تعاملات المستهلك من خلال العقود الإلكترونية والتي يكون كل طرف من أطرافها موجود في دولة مختلفة عن الأخرى هي ذات طبيعة دولية، وهذا العنصر الدولي جزء من مكوناتها وهو ما يتطلب بحث مشكلة تنازع القوانين التي تنشأ عنها، إلا أن خصوصية هذه التعاملات فرضت نظاماً قانونياً خاصاً واجب التطبيق عليها يتحقق من جانبين؛ الأول بتطبيق تنازع القوانين لقواعد القانون المختار من جانب الأطراف[59]، مع مراعاة تطبيق القواعد الآمرة في القانون الملائم للعقد الذي اجتمعت كافة عناصره داخل دولة واحدة وقت اختيار القانون واجب التطبيق، وذلك بشأن حماية المستهلك في هذا العقد، أما الجانب الثاني فيتحقق عند تطبيق القانون الأقرب صلة بالعقد الإلكتروني عند غياب اختيار الأطراف[60]، ولأن حرية اختيار القانون واجب التطبيق الممنوحة لأطراف العقد لا توجد إلا إذا انطبق على العلاقة محل التعاقد صفة الدولية، لذلك وبهدف تحقيق التوازن القانوني بين أطراف هذا العقد، يكون من الأهمية معرفة مدى حرية أطرافها في إخضاع العمليات التي يثور بشأنها تنازع للقوانين، ولمعرفة أيضاً ما يمكن مواجهته من صعوبات عملية في تطبيق هذا الاختيار، نظراً لتعدد العلاقات القانونية لكل عقد في نظام التجارة الإلكترونية، بل وأحياناً يكون هناك تعدد فرعي داخل العملية الواحدة[61].

غير أن اشتراط الصلة بين القانون المختار والعقد الذي يحكمه يقيد بشكل غير مبرر حرية الطرفين في اختيار قانون يناسب عقدهما، وعليه فما الذي يمنع الطرفين من اختيار قانون أي دولة يكون أكثر ملائمة من غيره ليحكم عقدهما، لا سيما وأن هذا العقد يسبح في البيئة الدولية الافتراضية مما يتيح الفرصة لتطبيق أي قانون؟! وربما هذا ما جعل المادة (109) من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لسنة 1999م لا تشترط وجود صلة ما بين القانون

المختار والعقد الإلكتروني، وذلك رغم أن المادة (2/187) من تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني والمادة (1−1/105) من القانون التجاري الموحد تشترطان لتطبيق القانون الذي يختاره طرفا العقد العادي وجود صلة جوهرية بينه وبين المتعاقدين أو العقد[62].

المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من معايير دولية العقد

إن الاتفاقيات الدولية تنص صراحة على حرية الطرفين في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهما، ومن ذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1955م بشأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية[63] (المادة 2)، واتفاقية لاهاي لسنة 1978م بشأن القانون واجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية[64] (المادة 5)، واتفاقية روما لسنة 1980م (المادة 1/3)، واتفاقية لاهاي لسنة 1986م بشأن القانون واجب التطبيق على عقود بيع البضائع الدولية[65] (المادة 7)، واتفاقية مكسيكو لسنة 1994م بين الدول الأمريكية بشأن القانون واجب التطبيق على العقود الدولية[66] (المادة 7)، والتوجيه الأوروبي رقم 2008/593م، الصادر عن المجلس والبرلمان الأوروبي في 2008/6/17م بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[67].

وتنص المادة الأولى من اتفاقية روما على أنه: "تكون نصوص الاتفاقية الحالية واجبة التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تتضمن تنازعاً للقوانين".

بناءً على هذه المادة، فإن الاتفاقية قدمت مسألة تنازع القوانين على مسألة دولية العلاقة العقدية، ومن المفترض أن المسألة الأولى تبنى على الثانية، إلا أنه يفهم من النص أعلاه أن الاتفاقية عدت أن تنازع القوانين لا يثور إلا بصدد وجود عقد يتصل بأكثر من نظام قانوني، وإلى أن إسناد العقد إلى قانون دولة أجنبية وعرضه أمام قضاء أجنبي يكفي لإثارة حالة التنازع اللازمة لتطبيق الاتفاقية[68]، وهو ما يمكن القول معه بتطبيق الاتفاقية للمعيار القانوني لتحديد دولية العقد[69].

وقد نصت الاتفاقية المذكورة على حرية الطرفين اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهما، وهذا ما نصت عليه المادة (1/3) من الاتفاقية بأنه: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحاً أو ينتج بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف القضية، ويعين الأطراف بهذا الاختيار القانون واجب التطبيق على كل أو جزء فقط من عقدهم".

وبذلك تكون الاتفاقية قد أقرت القاعدة المستقرة في قواعد تنازع القوانين بإخضاع العقد للقانون الذي يتم اختياره من قبل الأطراف بصورة صريحة، أو أن يستخلص على نحو قاطع من نصوص العقد، وهكذا تكون الاتفاقية قد جمعت بين معيار قانون الإرادة والمعيار القانوني في بيان دولية العقد.

وبشأن القانون واجب التطبيق في نطاق البيع الدولي، فإنه طبقاً لنص المادة الأولى من اتفاقية لاهاي سنة 1986م يعتبر بيع المنقولات دولياً متى كان مركز أعمال طرفي العقد في دولتين مختلفتين عندما تكون السلع محلاً للنقل من دولة إلى أخرى، ونصت المادة (1/1) من اتفاقية فيينا سنة 1980م على أنه: "تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة وذلك عندما تكون هذه الدول دول متعاقدة، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة".

يتبين من هذا النص أن الاتفاقية قد تبنت معياراً أساسياً لإضفاء صفة الدولية على العقد وهو أن تكون مراكز أعمال البائع والمشتري في دولتين مختلفتين.

كما أن الاتفاقية لم تكتفِ بهذا المعيار الأساسي، وإنما أضافت إليه معيارين تكميليين يتعين أن يضاف أحدهما إلى المعيار الأساسي، أولهما وهو أن تكون كل من الدولتين اللتين يوجد بهما منشأتا كل من البائع والمشتري دولة متعاقدة، وثانيهما أن تؤدي قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون إحدى الدول المتعاقدة[70].

وعلى ذلك يتضح أن الاتفاقية قد تبنت المعيار القانوني لتحديد صفة الدولية في عقد البيع الذي يخضع لأحكامها، ومؤدى هذا المعيار أن العقد يكون دولياً إذا وجدت منشأتا طرفي عقد البيع في دولتين مختلفتين بشرط أن تكون هاتان الدولتان متعاقدتين أو أن تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص في قانون القاضي المعروض عليه النزاع إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

وبذلك تكون الاتفاقية قد تجاهلت تماماً المعيار الاقتصادي، فالعقد يكون دولياً إذا استجمع الشروط السالف ذكرها وبغض النظر عما إذا كان العقد يأخذ في اعتباره مصالح التجارة الدولية، أو كان يترتب عليه انتقال السلع من دولة إلى أخرى أم لا يرتب هذا الأثر.

ومن الاتفاقيات الدولية النادرة التي أخذت بالمعيار الاقتصادي، نجد الاتفاقية الدولية حول التحكم التجاري الدولي المؤرخة في 21 إبريل 1961م والتي نصت في مادتها الأولى: "إن الاتفاقية تطبق على اتفاقيات التحكيم المبرمة لتنظيم نزاعات تمس عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو معنوية لها في وقت إبرام الاتفاق محل إقامة اعتيادي أو مقر اجتماعي في دول متعاقدة مختلفة".

نعتقد أنه كان يكفي الاتفاقية المذكورة أن تنص فقط على الضابط الأول المتعلق بمصالح التجارة الدولية لتحديد دولية العقد، ودون أن تكلف نفسها عناء إيراد مضمون المعيار القانوني، ما دام أن اختلاف محل إقامة مؤسسات الأطراف المتعاقدة يقتضي بالضرورة المساس بعمليات التجارة الدولية.

وفي اعتقادنا فإن المعيار الاقتصادي لا يعتبر أساساً لاكتساب العقد صفة الدولية، لأنه يستعمل في الحالات التي يلجأ فيها القاضي إلى تطبيق قواعد تتعارض مع القواعد الموجودة في القانون الداخلي، إضافة إلى أن الأخذ بالمعيار القانوني وفقاً لوجهة نظر الفقه القانوني الحديث والذي – كما رأينا – يفرق بين العناصر الفعّالة وغير الفعّالة لتوفير العنصر الأجنبي، يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى ضرورة تعلق العقد بالمصالح التجارية الدولية سواء كان هذا العنصر يتمثل في التنفيذ في الخارج أو في اختلاف موطن المتعاقدين، فكلا العنصرين يؤديان إلى انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود ذهاباً وإياباً دون الحاجة إلى النص على العناصر القانونية من قبل الاتفاقية المذكورة المتمثلة في محل الإقامة المعتاد أو المقر الاجتماعي في دول متعاقدة مختلفة حسب تعبير الاتفاقية سالفة الذكر.

المطلب الثالث: موقف الاجتهاد القضائي من دولية العقد

سبق أن بينّا أن التشريع المقارن لم يحدد الصفة الدولية للعقد، ولأن الفقه القانوني انقسم حول هذه المسألة، مما حدا بالقضاء إلى أن يجتهد بخصوص هذا الموضوع. وباستقراء بعض الاجتهادات القضائية، نجدها تتأرجح بين التطبيق المتناوب للمعيارين القانوني والاقتصادي، وكذلك التطبيق الجامع لهما. وسأبحث هذه المسألة ضمن فرعين.

الفرع الأول: التطبيق المتناوب للمعيارين القانوني والاقتصادي

يُقصد بالتطبيق المتناوب هنا تبني القضاء لأحد المعايير التي قيلت بشأن تحديد الصفة الدولية للعقد، فتارة يأخذ القضاء بالمعيار الاقتصادي وحده مستنداً إلى الآثار التي تنجم عن العقد في تحريك الأموال وانتقال البضائع من بلد إلى آخر، وتارة أخرى يأخذ بالمعيار القانوني وحده.

ومن الاجتهادات القضائية التي تعرضت لإشكالية العقد الدولي وذلك بتطبيقها بشكل مباشر المعيار القانوني على الوقائع المعروضة أمامها، الحكم الصادر عن محكمة (Amiens) في فرنسا بتاريخ 1970/5/20م **بشأن العقود المبرمة بين فرنسيين في الجزائر– حين كانت جزءاً من فرنسا–**، فقد قضت المحكمة بأن: "تغير الوضع بعد **استقلال الجزائر يجعل العقود دولية يجري تنفيذها في الخارج، مما يبرر إعمال قاعدة التنازع التي تقضي بإخضاعها لقانون الإرادة**"[71].

من خلال هذا الحكم يتضح لنا أن القضاء الفرنسي أخذ بالمعيار القانوني – كما سبق تقديمه – مع إضافة عنصر آخر، وهو تغير الظروف وما ينتج عنه من إمكانية إعادة تكييف العلاقة القانونية وهو عنصر قانوني مهم مؤداه أن تطرق الصفة الدولية للعقد في مرحلة لاحقة على إبرامه يتعين معه على المحكمة إسناد الرابطة العقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدون عملاً بقواعد تنازع القوانين، في حين ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى الأخذ بالمعيار الاقتصادي في قرارها: "يعتبر عقداً دولياً ذلك العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية وينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة"[72]. يتضح مما سبق أن القضاء الفرنسي قد طبّق المعيارين القانوني والاقتصادي بشكل متناوب.

إذ لا يكفي برأينا الاعتماد على المعيار القانوني لإسباغ الصفة الدولية للعقد، صحيح أن المعيار القانوني يكفي نظرياً لإثارة مشكلة تنازع القوانين، إلا أنه يتوجب على القاضي مسبقاً التأكد ما إذا كانت ضوابط الإسناد في العقد كالجنسية، ومحل إبرام العقد، ومحل تنفيذه كافية بحد ذاتها لتنتزع عنه صفته الوطنية، لذا أخذت محكمة النقض الفرنسية بالمعيار الاقتصادي، مع أنه قد لا يكون هو الآخر في بعض الأحيان كافياً لوحده لمنح الوصف الدولي للعقد، بسبب عدم الأهمية الاقتصادية للعقد على المستوى الدولي مثلاً.

الفرع الثاني: التطبيق الجامع بين المعيارين القانوني والاقتصادي

أدت التطورات المتلاحقة في ميدان التجارة الدولية إلى زيادة المعاملات التجارية الدولية التي يشكل العقد أهم تجلياتها، وقد أسهم القضاء بشكل فعال في إغناء ميدان التجارة الدولية بالعديد من مبادئه. وهكذا فإن القضاء لم يعد يكتفي عند تقرير دولية العقود بالتحقيق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني) وإنما يحصر على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي) ويترتب على هذا المسلك بالضرورة التضييق من معيار دولية العقود، بحيث لا يؤدي مجرد تضمنها لعنصر أجنبي إلى اتباع منهج القانون الدولي الخاص.

وتقضي مسألة الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي إلى إعمال المعيار القانوني **بمفهومه التقليدي الذي سبق أن بيناه، ومضمونه المساواة بين العناصر القانونية للرابطة**

العقدية مع إغنائه بمؤشر اقتصادي، بحيث يكفي أن يتضمن العقد عنصراً أجنبياً ليضفي على العقد الصفة الدولية، كأن يتطرق العنصر الأجنبي إلى عنصر الأطراف، كأن تكون جنسياتهم مختلفة، أو عنصر الموضوع عندما يكون مكان تنفيذ العقد يختلف عن دولة القاضي حتى يتصف العقد بالصفة الدولية، ومن ثم لا يمكننا إنكار توافر المعيار القانوني للصفة الدولية للعقد بمجرد توافر المعيار الاقتصادي فيه، ونعتقد بأن إغناء المعيار القانوني بمؤشر اقتصادي من شأنه إضفاء الصفة الدولية على العقد، فمجرد اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية فإن هذا يعني تضمنه لعنصر أجنبي، أي أن مجرد توافر المعيار الاقتصادي في العقد يعني بالضرورة توافر المعيار القانوني أيضاً فيه لهذا السبب، ومن قبيل المؤشرات الاقتصادية أيضاً حركة رؤوس الأموال عبر الحدود التي تدل على عملية تبادل حركي بين البضائع والخدمات وقيمتها عبر الحدود، كذلك العقد الذي يرتبط بعملية تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية[73] هذا المعنى في قرارها الصادر في 4 يوليو 1973م والذي قضت فيه بدولية العقد "وبالتالي استقلال شرط التحكيم المدرج به وهو ما سبق أن أشار إليه الحكم المطعون فيه وذلك لأن العقد المذكور أبرم في هولندا بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح – بمقتضى العقد – وكيلاً للشركة المذكورة مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا".

وقد استندت المحكمة لتأكيد دولية العقد على المعيار القانوني الذي يفيد اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد (فرنسا، هولندا) كما استندت إلى المعيار الاقتصادي في نفس القرار، حيث جاء فيه: "تهدف هذه الرابطة إلى تشجيع صادرات الشركة الهولندية إلى فرنسا، وهو ما سيفضي إلى انتقال الأموال عبر الحدود ويمس على هذا النحو بمصالح التجارة الدولية".

ومن القرارات القضائية التي عمدت إلى الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس في 1982/10/26م والذي جاء فيه: "لقد انتهت المحكمة إلى أن العقد المبرم في السويد بين شركة سويدية وفرنسي تم بمقتضاه تخويل الأخير تسويق منتجات الشركة بفرنسا، بوصفه وكيلاً عنها"[74]، واستندت المحكمة إلى المعيارين القانوني والاقتصادي.

وقد سايرت محكمة الاستئناف بتولوز في 26 أكتوبر 1982م نفس النهج حيث جاء في قرارها: "إن العقد المبرم في الخارج بين شركة إيطالية ومواطن فرنسي وتم بمقتضاه توكيل هذا الشخص، فإن المحكمة ذهبت إلى القول بأن اختلاف جنسية المتعاقدين وتعلق نطاق العقد بمصالح تجارية لدولتين كافية لإضفاء الصفة الدولية"[75].

لا شك أن الطبيعة المرنة للاتجاه الموفق في تكييف العلاقة التعاقدية الدولية بأنها خليط من العناصر القانونية والمؤشرات الاقتصادية، مكنته من الجمع بين صور مختلفة من العقود في مجال الحياة الخاصة الدولية، ومنها عقود الاستهلاك الإلكترونية، وكل هذه العقود فرضت على المتعاملين وعلى التشريعات ومن ثم على القضاء الاعتراف بدور العادات والأعراف التي يخلقها المتعاملون "التجار الدوليون"، كما أن خصوصيات هذه العقود وحداثتها تدعو الفقه والقضاء إلى المرونة في التعامل معها، ذلك أن العقد الدولي أصبح اليوم يشكل العمود الفقري للاقتصاد العالمي من جهة، كما أن كل عقد من عقود التجارة الدولية بدأ يستقل شيئاً فشيئاً بأحكامه الخاصة، ففي مسألة التنازع مثلاً أصبح كل عقد أو مجموعة عقود يختص بأحكام خاصة عن سواه من العقود.

خلاصة القول: أن العقد الإلكتروني الدولي – برأينا – هو عقد يهدف إلى تحقيق الربح والمضاربة أو نقل الخدمات والأموال ويرتبط بمصالح التجارة الدولية ويحقق أهدافها، وتعود للقاضي مسألة تقرير دولية العقد حسب ظروف كل قضية على حدة بالاستناد إلى موضوع العقد والغاية التي يهدف إلى تحقيقها.

المبحث الثالث

معايير تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية

بعد أن بينا مفهوم العقد الإلكتروني الدولي ومعايير تمييزه عن العقد الداخلي، فإنه لا بدّ لنا من بيان مدى فاعلية الدور الذي تلعبه القواعد القانونية العامة في مواجهة الصعوبات التي يثيرها إعمال المعايير التقليدية للاختصاص التشريعي في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية.

وسنتبع في عرضنا لهذه المحاولة منهجاً يقوم على بيان موقف القانون الأردني، ومن ثم موقف القانون المقارن، وكذلك بيان موقف اتفاقية روما بهذا الشأن، لذلك سأبحث هذه المسائل ضمن ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: معايير تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية وفقاً للقانون الأردني

سنبحث هذا الموقف من خلال بيان دور ضابط المكان في

تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي، ومن ثم نبحث قواعد الأسناد ذات الصلة، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين.

الفرع الأول: دور ضابط المكان في تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي

يحتل ضابط المكان مكانة هامة في مجال تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني، وسوف نقوم ببيان هذه المكانة من خلال دراسة القواعد الخاصة بالعقد الإلكتروني في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، وكذلك في ضوء الأحكام العامة لانعقاد العقد ومكان ذلك الانعقاد الواردة في القانون المدني الأردني.

ومن بين ما اهتم به المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية المكان الذي يبرم فيه العقد الإلكتروني، فهو يبرم في فضاء إلكتروني أو بيئة إلكترونية تسمى (Internet)، ولهذا فإن هذا المكان يأخذ شكلاً آخر غير معهود في التعاقد العادي[76].

وما يهمنا في هذا المقام هو عندما يكون القبول قد تم بوسيلة إلكترونية، وذلك لتحديد المكان الافتراضي الذي تم فيه العقد، لأن تحديد هذا المكان يبنى عليه معرفة القانون الذي يحكم هذا العقد.

وبما أن العقد الإلكتروني ينعقد في بيئة إلكترونية لا وجود مادي لها، فإن المشرّع الأردني قد قنن قاعدة قانونية في المادة (18/أ) من قانون المعاملات الإلكترونية تنص على ما يلي: "تعد رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد مكان إقامته مقراً لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك".

والإيجاب سواء كان عادياً أو ملزماً[77] لا ينعقد به العقد طالما لم يقترن بقبول، وبالتالي لا تبدو أهمية هذا الموضوع إلا عند اقتران الإيجاب بالقبول.

والرسالة الإلكترونية أو رسالة المعلومات يعرفها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة (2) منه بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو تسلمها، أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي"، تأسيساً على ما سبق، يمكن القول إن الرسالة الإلكترونية تأخذ إحدى صورتين:

الصورة الأولى: الرسالة المباشرة عبر الموقع الإلكتروني يرسلها أحد العاقدين إلى الآخر برسالة إلكترونية مباشرة وفق ما يعرف بنظام (chat)، وهو نظام إلكتروني يتقابل فيه شخصان في لقاء إلكتروني رغم الاختلاف المكاني لكليهما[78]، ورغم ذلك الالتقاء والحوار الإلكتروني الدائر بينهما لا يمكن اعتبارهما في مجلس عقد واحد؛ لأن ذلك يخالف القواعد العامة التي تعد مجلس العقد هو الحيز المكاني الذي يجتمع فيه المتعاقدان بصورة حقيقية، وهذه الحقيقة هي التي كانت وراء وضع قواعد خاصة يحدد على أساسها مكان انعقاد العقد الإلكتروني، لا سيما وأن هذا العقد صورة من صور التعاقد بين غائبين، وبالرجوع على المادة (101) من القانون المدني الأردني نجدها تنص على أنه: "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعدّ التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

الصورة الثانية: الرسالة الإلكترونية غير المباشرة وهي التي ترسل وتستقبل بواسطة البريد الإلكتروني، وهو بريد يتم إنشاؤه على شبكة الاتصالات العالمية للشخص، ويمكن الوصول إليه من خلال عنوان إلكتروني محدد، فإذا أرسلت رسالة إلكترونية إلى ذلك العنوان بقيت في الصندوق الخاص بذلك البريد إلى أن يتم تصفحها من قبل المعني بعد فتحه بكلمة المرور الخاصة به، ويستطيع فعل ذلك من أي مكان في العالم، فهذه المقدرة غير مرتبطة بمكان إقامته أو موطنه[79].

وفي الصورتين إذا حملت رسالة المعلومات إيجاباً على محل مشروع تتوافر فيه الشرائط القانونية للمحل[80]، فقام من تلقاها بإنشاء رسالة إلكترونية تفيد معنى القبول، فعندئذ يكون العقد قد انعقد إلكترونياً.

وبالرجوع إلى نص المادة (18/أ) السابق ذكره، فإن مكان إبرام العقد الإلكتروني يحدد وفقاً لثلاثة معايير، هي:

أولاً: معيار إرادة الأطراف

أعطى المشرّع الأردني أهمية كبرى لإرادة الأطراف للاتفاق على مكان معين باعتباره المكان الذي أرسلت منه الرسالة الإلكترونية أو استلمت فيه، وبالتالي اعتباره مكان انعقاد العقد الإلكتروني، فإذا اتفق الموجب والذي يوجد مقر عمله في سوريا مع القابل والذي يوجد مقر عمله في الكويت على اعتبار الأردن مكاناً لانعقاد العقد الإلكتروني، فإن مفاعيل هذا الاتفاق تسري على ذلك العقد بكل آثارها القانونية، ويعدّ هذا المعيار هو الأولى بالتطبيق في حال وجوده، فإذا لم يتفق المتعاقدان عليه يصار إلى تطبيق معيار مقر العمل، وإلا فمكان الإقامة وفقاً لهذا التدرج.

ثانياً: معيار مقر العمل

افترض المشرّع الأردني أن الرسالة الإلكترونية أينما أرسلها

المرسل وكأنه أرسلها من مقر عمله، وأينما تسلمها المرسل إليه كأنه تسلمها في مقر عمله، فلو فرضنا أن مقر عمله في عمان، بينما فتح بريده الإلكتروني وهو في دولة الإمارات العربية المتحدة، ووجد فيه رسالة إلكترونية تحمل إيجاباً، فوافقه بقبول أدرجه في رسالة إلكترونية بعثها إلى البريد الإلكتروني للموجب، ففي هذه الحالة لا يكون العقد منعقداً في الإمارات العربية المتحدة باعتبارها الحيز المكاني الذي تم فيه القبول، وإنما في عمان باعتبارها المكان الذي يوجد في مقر عمل القابل فيه، وهكذا فإن نتيجة قراءة نص المادة (101) من القانون المدني الأردني والتي تعد مكان انعقاد العقد بين غائبين هو مكان صدور القبول مع المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التي تعد الرسالة الإلكترونية أنها قد أرسلت من المكان الذي يوجد فيه من مقر عمل المرسل وإلا فمن مكان إقامته، هي القول: بأن الرسالة الإلكترونية التي يرسلها القابل، ويعبر بها عن قبوله تجعل العقد منعقداً في المكان الذي يوجد فيه مقر علمه، وفي حالة عدم وجوده فمكان إقامته. وتوضيحاً لذلك يمكن القول: "إن المكان الذي صدر منه القبول بوسيلة إلكترونية وفقاً لنص المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية ليس الحيز المكاني المادي الذي يوجد فيه القابل، وإنما المكان الذي وجد فيه مقر عمله أو مكان إقامته، فنظراً لأن العقد ينعقد في الفضاء الإلكتروني، وهو ما لا يعد مكاناً مادياً بالمعنى القانوني، وبالتالي لا يصلح ضابطاً لتحديد الاختصاص التشريعي، ومن ناحية أخرى فإن المكان أو الحيز المادي الذي يوجد في القابل وقت إصداره القبول إلكترونياً ونظراً لعدم وجود أي صلة بينه وبين العقد مثلما هو الحال في مثالنا السابق، فإن المشرّع الأردني عد حكماً أن القبول الإلكتروني صادر في المكان الذي يوجد فيه مقر عمله، فإن لم يوجد له مقر عمل فمكان إقامته"[81].

ولما كانت الرسالة الإلكترونية يتم تسلمها عملياً في لحظة إصدارها، فإن مؤدى ذلك أن لا توجد أهمية عملية أو قانونية للتفرقة بين مسألة إصدار القبول أو تسلمه، وذلك لغايات التعويل على أيهما لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني[82]، وعلى أية حال فإن ما يهمنا لتحديد الاختصاص التشريعي للعقد الإلكتروني ليس معرفة زمان الانعقاد، وإنما مكان ذلك الانعقاد، إذ إن مكان انعقاد هذا العقد يجب أن يحمل حكماً على أنه مكان عمل القابل فإن لم يوجد فمكان إقامته.

وإذا كان للمرسل أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل **لأعماله، فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر الترجيح، يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسلم** وفقاً لنص الفقرة (ب) من المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية. ولم يبين المشرّع الأردني في المادة المذكورة المقصود **بالمقر الأقرب صلة بالمعاملة**، لذلك نرى بأن مفهوم هذا المقر يتسع ليشمل المكاتب، والوكالات، والفروع بشرط أن تكون الأخيرة حقيقية، وأن تتمتع بقدر كافٍ من الاستقرار في الدولة المعنية، كما يمكن أن ينصرف هذا المفهوم إلى المكان الذي يباشر فيه أي من المتعاقدين أي جزء من نشاطه بشرط أن يتمتع بالاستقرار.

ثالثاً: معيار مكان الإقامة

تحسبا لعدم وجود مقر عمل، سواء لمرسل الرسالة الإلكترونية أم لمتسلمها، كما هو الحال عندما يكون أي من هؤلاء شخصاً عادياً وليس تاجراً له مقر لممارسة أعماله، فقد وضع المشرّع الأردني معياراً آخر، هو مكان الإقامة كضابط احتياطي لا يلجأ إليه إلا في غياب الضابط الأول، حيث تعد عندئذ الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من مكان إقامة المرسل الذي ليس له مقر عمل، وأنها استلمت في المكان الذي يقيم فيه المرسل إليه الذي ليس له مقر عمل[83].

وبالتالي يكون عقد الاستهلاك الإلكتروني منعقداً في مكان إقامة القابل الذي بعث بقبوله الإلكتروني إلى الموجب، حتى وإن بعث هذا القبول وقت تواجده العرضي في دولة أخرى غير تلك التي يوجد فيها مكان إقامته.

الفرع الثاني: قواعد الإسناد وفق القانون المدني الأردني

إذا كان العقد الإلكتروني مشوباً بعنصر أجنبي، فإن ذلك يفرض على القاضي الأردني الذي ينظر الدعوى مباشرة أن يعود إلى قواعد الإسناد الخاصة بالعقود، وذلك لمعرفة القانون واجب التطبيق على موضوع الدعوى.

ما يهمنا من قواعد الإسناد وفق القانون الأردني هي القاعدة التي تتعلق بالالتزامات التعاقدية من حيث موضوعها دون شكلها، إذ إن العقود الإلكترونية وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية لا تنعقد في الحالات التي يتطلب فيها القانون شكلاً معيناً تجب مراعاته[84]، وبالتالي لن يتم التعرض لقاعدة الإسناد الواردة في المادة (21) من القانون المدني الأردني وهي التي تختص بتحديد القانون الذي يحكم شكل العقد فيجعل من الممكن سريان قانون البلد الذي تم فيه العقد أو القانون الذي ينطبق على الأحكام الموضوعية للعقد، أو قانون موطن المتعاقدين أو قانون جنسيتهما.

إن الرجوع إلى **قواعد الإسناد وفق القانون الأردني**، تكمن الغاية منه في معرفة مدى إمكان إعمالها في مجال حماية تعاملات المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي، بخاصة أن أحد ضوابط الإسناد في تلك القاعدة هو مكان

انعقاد العقد، وهو في مجال هذا العقد مكان وهمي افتراضي، فهو البيئة الإلكترونية والتي لا مكان لها محسوس أو مادي، وتنص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني على ما يلي:

"1. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

2. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

يلاحظ من هذه المادة أن المشرّع الأردني قد وضع ثلاثة ضوابط للإسناد، وقد أدرجها في نص المادة المذكورة على سبيل التدرج لا على سبيل التخيير، بمعنى أنه يلزم إعمال ضابط الإسناد الأول، فإذا لم يوجد فيعمل بالتالي وهكذا، وسنبحث هذه الضوابط تباعاً.

أولاً: ضابط إرادة المتعاقدين

إذا اتفق المتعاقدان سواء بمقتضى شرط من شروط العقد أو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي على تطبيق قانون معين على العقد الإلكتروني، فإن مؤدى هذا الاتفاق هو جعل القانون المتفق عليه هو واجب التطبيق على ذلك العقد، ويرى جانب من الفقه القانوني(85) أن إعمال هذا الضابط يتطلب أن يكون هناك حد أدنى من الارتباط بين القانون المتفق عليه بإرادة الأطراف والعقد الذي يربطهما ويراد تطبيق ذلك القانون عليه، وبالتالي فإن لطرفي العقد الاتفاق بإرادتهما على قانون معين لحكمه، ويصبح على القاضي وجوب الأخذ به وتطبيقه، ولا يعفيه من ذلك سوى ثبوت حالة مخالفة ذلك القانون للنظام العام أو الآداب العامة في دولته(86).

والنظام العام مجموعة المبادئ الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في دولة القاضي والتي تجب حمايتها، ويعدّ القاضي هو الحارس على النظام العام في دولته(87).

وتطبيقاً لذلك، لو وجد القاضي الأردني أن القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المستهلك وجهات أخرى تقع خارج حدود الأردن يسمح لانعقاد هذا العقد رضائياً ولو كان محله عقاراً أو غيره من الأموال التي لا يسمح قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بانعقادها على هذا النحو، فإن ذلك القانون يعدّ مخالفاً للنظام العام الأردني لما فيه من اختلاف كبير في الأحكام تؤثر في النظام الاقتصادي الأردني، ووجه المخالفة هنا أن العقد الوارد على عقار يعدّ في التشريع الأردني عقداً شكلياً، فالشكلية المتطلبة هنا تسجيل العقد في دائرة الأراضي والمساحة، وتعدّ ركن انعقاد، ومن ثم فإن تخلفها يبطل العقد. كما أن المشرّع الأردني في المادة (6) من قانون المعاملات الإلكترونية استثنى بعض التصرفات من نطاق تطبيق هذا القانون، ومنها العقود الشكلية، وإنشاء الوصية، وتعديلها، وإنشاء الوقف، وتعديل شروطه، ومعاملات التصرف بالأموال غير المنقولة، ووكالاتها المتعلقة بها، والوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي، والتأمين على الحياة، ولوائح الدعاوى والمرافعات، وإشعار التبليغ القضائي، وقرارات المحاكم والأوراق المالية، ويكون للقاضي الأردني في هذه الحالة استبعاد ذلك القانون من التطبيق استناداً لنص المادة (29) من القانون المدني التي تنص على: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينية النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية"، ويترتب على هذا الاستبعاد نتيجة قانونية منطقية مؤداها تطبيق القانون الأردني على النزاع بدل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته النظام العام.

ثانياً: ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين

إذا كان كلا المتعاقدين في عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي ينتميان إلى موطن واحد، فإن قانون هذا الموطن هو واجب التطبيق على هذا العقد المشتمل على عنصر أجنبي، كأن تكون جنسية أحدهما مختلفة عن جنسية الآخر.

وما قيل في شأن استبعاد قانون الإرادة يقال في شأن استبعاد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، فلا يصح للقاضي استبعاده من التطبيق ما لم يكن مخالفاً للنظام العام، وهناك حالة أخرى يمكن أن تنهض في هذا الغرض ويستبعد بالتالي قانون ذلك الموطن وتتمثل في حالة الغش أو التحايل نحو القانون(88).

فلو أن أحد العاقدين، ولنفرض المستهلك مثلاً، عمد إلى تغيير موطنه ليصبح هو ذاته موطن المتعاقد الآخر تمهيداً إلى تطبيق قانون الموطن المشترك على العقد يتحقق بذلك الغش نحو القانون.

ونتيجة هذا الغش، تتمثل في استبعاد تطبيق القانون الذي تمّ الغش أو الاحتيال لأجل تطبيقه، ومن ثمّ يطبق القانون الذي تمّ الغش أو الاحتيال لأجل استبعاده(89).

ثالثاً: ضابط مكان إبرام العقد

وفقاً لنص المادة (20) من القانون المدني الأردني، فإن على القاضي في حال غياب الضابطين السابقين أن يعمل الضابط الأخير وهو ضابط مكان إبرام العقد.

تبدو المشكلة هنا بوضوح بمجرد أن ندرك أن هذا المكان

وهمي وافتراضي، فهو الفضاء الإلكتروني الذي لا يحتل حيزاً مكانياً معيناً، وهو ما دفع المشرّع الأردني إلى وضع معيار يحدد على أساسه مكان انعقاد ذلك العقد بصورة افتراضية، وهو إما معيار مقر العمل، أو معيار مكان الإقامة أو معيار إرادة الأطراف حسب ما نصت عليه المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية.

ولما كان العقد الإلكتروني ينعقد مثل غيره بتطابق القبول مع الإيجاب، فإن ذلك يعني أن صدور القبول بمقتضى رسالة إلكترونية ممن وجه إليه الإيجاب يجعل العقد منعقداً، أما مكان انعقاده فهو ليس مكان صدور القبول، وإنما المكان الذي يوجد فيه مقر عمل القابل، وفي حالة عدم وجود مقر عمل له، **يعتبر مكان إقامته مقراً لعمله، ما لم يكن الموجب والقابل قد اتفقا على غير ذلك، وهذا ما يؤكده نص الفقرة (أ) من المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.**

فمثلاً لو أن (محمد) مقيم في عمان ومقر عمله في سوريا، بينما (حسين) مقيم في مصر ومقر عمله في العراق، وقام هذا الأخير وهو في الصين بإعداد رسالة إلكترونية تتضمن إيجاباً، وأعطى أمراً إلكترونياً للحاسب الآلي بإرسالها إلى (محمد)، فإنه يكون قد أرسلها حكماً من مقر عمله وهو العراق، ويكون (محمد) قد تسلمها حكماً في سوريا، وإن تصفحها ورد عليها وهو في بريطانيا مثلاً بواسطة بريده الإلكتروني.

المطلب الثاني: معايير تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ نتناول في الفرع الأول موقف القانونين النموذجين من مسألة القانون واجب التطبيق، وفي الفرع الثاني سنتناول موقف تشريعات بعض الدول من هذه المسألة.

الفرع الأول: موقف القانونين النموذجين[90] من مسألة القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية

بالرجوع إلى القانونين النموذجيين المعدين من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) بشأن التجارة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية، نجد أنهما قد تركا مسألة القانون واجب التطبيق على تعاملات المستهلكين الإلكترونية خياراً لكل دولة ترغب في وضع تشريعات وطنية لديها على غرارهما، دون إلزام بتنظيم هذه التعاملات، ونستطيع أن نستخلص ذلك من بعض مواد هذين القانونين ومن التوضيحات الواردة لهما في دليل التشريع الملحق بكل قانون[91].

حيث تضمن دليل تشريع القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الفقرة (27)[92] بأنه: "نظراً لوجود بعض قوانين خاصة لحماية المستهلك في بعض الدول يمكن أن تنظم جوانب معينة من استخدام نظم المعلومات، فإن هذا القانون كما هو الشأن في قوانين (UNCITRAL) السابقة قد صيغ دون إيلاء اهتمام خاص للمسائل التي يمكن أن تظهر في سياق حماية المستهلك، وأنه لا يوجد سبب يدعو إلى وجود حكم عام بالقانون النموذجي بشأن استبعاد الحالات التي تشمل المستهلكين".

وقد اعتبر دليل التشريع أن أحكام القانون النموذجي يمكن أن يعدّ ملائماً للمستهلكين، ويتوقف ذلك على كل دولة تسن تشريعاتها على غرار هذا القانون، كما وضح دليل التشريع في موضع آخر بشأن الإضافة اللاحقة إلى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في يونيو 1998م والخاص بالمادة (5) مكرر "الإدراج بالإشارة" الفقرة (7/46) بأنه: "وثمة هدف آخر لهذا الحكم هو التسليم بأن قواعد تنظيم تعاملات المستهلك أو غيرها من القوانين الوطنية أو الدولية ذات الطابع الإلزامي مثل قواعد حماية الأطراف الضعيفة في سياق عقود الإذعان هي قوانين لا ينبغي التدخل فيه..."[93].

كما تناول دليل تشريع القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الفقرة (144) مسائل المستهلكين عند توضيح المادة (11/ سلوك الطرف المعول) بأن: "هذه المادة يمكن أن تلقى عبئاً على عاتق الأطراف المعولة وخصوصاً عندما يكون أولئك الأطراف مستهلكين، إلا أنه ليس مقصوداً فيها أن القانون النموذجي يعلو على أي قاعدة تحكم حماية المستهلكين"[94].

إلا أنه رغم هذا النص الصريح فقد تمّ التعقيب بعد ذلك باستكمال توضيح المادة بأن: "القانون النموذجي يمكن أن يؤدي دوراً مفيداً في توعية جميع الأطراف المعنية، بما فيها الأطراف المعولة بشأن معيار السلوك المعقول الذي ينبغي استيفائه فيما يتعلق بالتوقيعات الإلكترونية"[95].

كما جاء مشروع الاتفاقية الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية والصادر عن ذات اللجنة بتحديد ضوابط عامة في مسألة القانون واجب التطبيق وذلك بالنص في الفصل الأول المادة (1) نطاق التطبيق "1. تنطبق هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق التفاوض على تكوين عقد بين طرفين يوجد مكان عملهما في دولتين مختلفتين، أو تنفيذ ذلك العقد عندما: أ. تكون الدولتان دولتين متعاقدتين، أو ب. عندما تقضي قواعد القانون الدولي الخاص إلى انطباق قانون دولة متعاقدة، أو ج. عندما يكون

الطرفان قد اتفقا على انطباقه، 2. تنطبق الاتفاقية بصرف النظر عن وقوع مكاني عمل الطرفين في دولتين مختلفتين عندما لا تتبين هذه الحقيقة من العقد أو من أي تعاملات بين الطرفين أو من المعلومات التي يفصحان عنها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه، 3. لا يؤخذ في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية لا جنسية الطرفين ولا الصفة المدنية لأحد الطرفين أو العقد"[96].

يتبين لنا من خلال نص المادة أعلاه أنه ترك من خلالها الخيار في ضابط تدويل العقد لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص – والتي أشرنا إليها ضمن المبحث الأول من هذه الدراسة، وكذلك عندما بحثنا في موقف التشريع الأردني من هذه المسألة ضمن المبحث الثاني – ولكن دون إيلاء أي اعتبار للصفة المدنية لأحد أطراف العقد والتي تنطبق على فئة المستهلكين، وهو بذلك قد ساوى بين المركز القانوني للمستهلك مع الطرف الآخر من العقد وهو المهني المحترف فيما يتعلق بضابط تدويل العلاقة، وبالتالي تطبق عليها قواعد الإسناد العامة.

ومن الملاحظ لدى مراجعة أحكام القانونين النموذجين، نجد أنهما قد تبنيا عدة مبادئ بهذا الشأن، وهي:

أولاً: إن كليهما يعدّان قانوناً دولياً يأخذان بعين الاعتبار كل النظم القانونية السائدة في العالم، وهذا يجعلهما على قدر من الإحكام والدقة.

ثانياً: مع تزايد استخدام التعاقد الإلكتروني، ستقدم الدول المختلفة على تبني هذين القانونين، ومع تزايد التعاقد التجاري الدولي وتعقيده، فإن وجود قانون موحد – ولو بصورة تقريبية – بين معظم الدول سيساهم في تشجيع التجارة الإلكترونية الدولية.

ثالثاً: إن وجود قانون نموذجي متبني من دول عديدة سيذلل الصعوبات التي تنشأ من تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، حيث سيكون هذا القانون هو المختص، على فرض أن الأطراف من دول تتبنى القانون النموذجي، أضف إلى ذلك أنه مع التطبيق المستمر سيصبح هذا القانون معروفاً لدى قضاة العالم، وسيتعاملون معه بسهولة، حيث لن يحتاج القاضي الوطني لتطبيق قانون غريب عليه، وبالنسبة للأفراد المتعاقدين سيؤدي تبني هذا القانون من قبل دولهم إلى أنهم سيعرفون مسبقاً ما هو القانون الذي سيطبق على علاقتهم عند النزاع، ويتجنب كل طرف تطبيق قانون لا يعرفه عليه.

رابعاً: ليس هنا التزام على الدولة التي تتبنى أياً من القانونين بأن تأخذه كما هو، فهذان القانونان لم يصاغا كاتفاقية تحتاج إلى عضوية، إنه نموذج لمساعدة التشريعات الوطنية، وبالتالي تملك الدولة التي تتبنى أحكامه أن تعدل، تضيف، أو تحذف بعضاً من هذه الأحكام دون المساس بجوهره.

والمسألة الأخرى التي أكد عليها القانونان النموذجيان هي قابلية هذين القانونين للتطبيق على العقود التي تبرم في الدولة الواحدة، وكذلك يمكن تطبيقها على العقود التي تبرم على المستوى الدولي، حيث من الممكن اختيار قانون التجارة الإلكترونية النموذجي من قبل الأطراف كالقانون واجب التطبيق، وبذلك يمكنهم تجنب متاهات القانون الدولي الخاص وفرض قانون معين على علاقتهم العقدية.

الفرع الثاني: موقف تشريعات بعض الدول بشأن التجارة الإلكترونية من مسألة القانون واجب التطبيق على عقد الاستهلاك الإلكتروني

لقد سارت بعض الدول التي سنت تشريعات المعاملات الإلكترونية على غرار القانونين النموذجين المعدين من قبل (UNCITRAL) ذات نهجهما بشأن تنظيم تعاملات المستهلك والتي لا تختلف كذلك عن الدول التي أصدرت تشريعات خاصة بهذه التعاملات قبل إعداد هذين القانونين، وعلى الرغم من وجود تشريعات قائمة لدى بعض منها خاصة بتنظيم تعاملات المستهلك وفق المفهوم التقليدي، إلا أنها لم تول التغييرات التي طرأت على هذه الحماية في تشريعاتها الحديثة الاهتمام الكافي بما يتناسب مع المخاطر التي يتعرض لها المستهلك، وبخاصة فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على العقد.

ففي المملكة المتحدة، أصدر المشرّع البريطاني بتاريخ 25 مايو 2000م قانون الاتصال الإلكتروني[97]، حيث تضمنت أحكامه تنظيم جميع التعاملات التي تتم بشأن عمليات التجارة الإلكترونية، وقد سار المشرّع البريطاني في هذا القانون على غرار القانون النموذجي المعد من قبل (UNCITRAL) بشأن التجارة الإلكترونية، حيث لم يول هذا القانون عناية خاصة بشأن تنظيم تعاملات المستهلكين المتعاملين بهذا النظام، خلاف ما تم تنظيمه من أحكام في القانون النموذجي المعد من قبل (UNCITRAL)، ولم يقم المشرّع البريطاني بعد ذلك بإصدار أي قانون لاحق لهذا القانون بشأن تنظيم تعاملات المستهلك سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وإنما اكتفى بما ورد في هذا القانون الأخير من تنظيم عام لأطراف التعامل في التجارة الإلكترونية واكتفى بالحماية التي كفلتها قوانين حماية المستهلك في تعاملاته التقليدية.

أما فرنسا، فقد سارت على هدي دول الاتحاد الأوروبي بشأن التشريعات الحديثة للتعاملات الإلكترونية وتحديداً منذ

24 أكتوبر 1995م[98]، حيث سن القانون رقم (230) الصادر بتاريخ 13 مارس 2000م بشأن التوقيع الإلكتروني وذلك بغرض المواءمة بين قواعد الإثبات وتقنية المعلومات، إلا أن الحكومة الفرنسية قد كفلت الشفافية في تحقيق الحماية القانونية في العمليات الإلكترونية، والابتعاد في هذه التعاملات عن الشروط الغامضة، والتعريف بنظام التعامل على الشبكات الإلكترونية، وإلزام الأطراف المستفيدة من التعاملات الإلكترونية ضرورة إعلام المستهلكين المقيمين في فرنسا بصورة كافية عن أساليب وطرق التعامل من خلال هذا النظام، والنطاق القانوني الدولي المخصص لحمايتهم، وعلى الرغم من قيام مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس بتاريخ 30 إبريل 1998م بإعداد صياغة عقد نموذجي لتنظيم العلاقة بين التجار والمستهلكين في نظام التجارة الإلكترونية، وقد اعتمدته اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في 4 مايو 1998م[99]، ولكن هذا النموذج لم يتضمن في شروطه إشارة واضحة إلى تحديد ضوابط تدويل تعاملات المستهلك أو القانون واجب التطبيق على هذه التعاملات فيما يتعلق بفئة المستهلكين.

وقد أصدر البرلمان الأوروبي عدداً من التوجيهات بشأن تنظيم تعاملات المستهلك بشكل عام، إلا أن التوجيه رقم 27/97 الصادر بتاريخ 20 مايو 1997م هو الوحيد الذي تضمن وضوابط تحمي المستهلك في التعاقد من خلال تقنيات الاتصال الجديد[100]، حيث نصت المادة الثانية من هذا التوجيه[101]: "تطبق قواعد قانون دولة المستهلك على كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد نظمه المورد المستخدم لهذا العقد فقط، تقنياً أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه"، ثم بعد ذلك صدر التوجيه رقم (31/2000) بتاريخ 8 يونيو 2000م متضمناً تنظيم جوانب التعاملات من خلال نظام التجارة الإلكترونية، ولم يتضمن هذا التوجيه أي إشارة خاصة بشأن تنظيم تدويل تعاملات المستهلك كما في التوجيه السابق[102].

أما في الدول العربية، فقد جاءت أغلب تشريعات التجارة الإلكترونية لديها – والتي تسنى لنا الاطلاع عليها – على غرار القانونين النموذجين للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فلم يتم التطرق إلى تنظيم تعاملات المستهلك في نظام التجارة الإلكترونية سواء على المستوى الوطني أو الدولي بأي نصوص صريحة، ما عدا المشرّع التونسي حيث أفرد في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم (83) لسنة 2000م بابين كاملين تنظم أحكامه حماية المستهلك من خلال هذه التعاملات، وهما الباب الخامس تحت مسمى "في المعاملات التجارية الإلكترونية"، والباب السادس تحت مسمى "في حماية المعطيات الشخصية"، أما فيما يتعلق بالباب الخامس فقد تضمن حماية المستهلك في ثلاث مراحل؛ الأولى: قبل إبرام العقد، والثانية وقت إبرام العقد، والثالثة المرحلة اللاحقة على إبرام العقد، ففي المرحلة الأولى تضمن الفصل (25) بيان بالمعلومات التي يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفرها للمستهلك بطريقة واضحة ومفهوم قبل إبرام العقد، وأن يتم توفير هذه المعلومات إلكترونياً، ووضعها تحت تصرف المستهلك في جميع مراحل المعاملة، ونص الفصل (26) على أنه: "يحظر على البائع تسليم منتج مشروط بطلب دفع، أو تصدير بشأن طلبية من قبل المستهلك، وفي حالة تسليم منتج إلى المستهلك لم تصدر بشأنه طلبية لا يمكن مطالبة هذا الأخير بسعره أو كلفة تسليمه"، ونص الفصل (27) بأنه: "يتعين على البائع قبل إبرام العقد تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته، وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغيرها حسب إرادته، وكذلك الاطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية المتعلقة بإمضائه".

أما بشأن مرحلة إنشاء العقد، فقد نص الفصل (28): "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، أما المرحلة الثالثة والأخيرة وهي تتضمن تنظيم التعاملات اللاحقة بعد إبرام العقد، حيث نص الفصل (29): "يتعين على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب خلال العشرة أيام التالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو إلكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع".

وبذلك يكون المشرّع التونسي لم يتطرق إلى مسألة تنظيم دولية العملية التي ينفذها المستهلك أو الإشارة إلى أي ضابط يتم على أساسه حماية المستهلك في تنفيذه عقد من خلال نظام التجارة الإلكترونية خارج تونس.

وفيما يتعلق بالتشريع الأردني، فإننا نلاحظ أن المشرّع الأردني لم يضع قاعدة تنازع خاصة بالقانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، لذلك فإن المسألة تخضع – من حيث المبدأ – لنفس الأحكام العامة التي يخضع لها العقود العادية، بمعنى أنها تخضع لقانون الإرادة الذي حدده الأطراف بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق، فإننا نلجأ لضوابط الإسناد الاحتياطية الواردة في الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني الأردني.

وبرأينا أنه في ظل عدم حرص التشريعات الوطنية على وضع نصوص خاصة لتنظيم تعاملات المستهلك في مواجهة المهني المتعاقد معه من خلال نظام التجارة الإلكترونية، لا بدّ من وضع ضابط أساسي يتمثل بتطبيق قاعدة إسناد رئيسة يمكن معها تحقق هذه الحماية للمستهلك في علاقاته التعاقدية الدولية في هذا النظام، وهي تلك التي تشير إلى تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك[103]، أو إخضاع عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي للقانون الأصلح للمستهلك[104].

حيث نجد أن المادة (135/1) من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1988م، تنص على استبعاد تطبيق قانون العقد، إذا كان هذا القانون راجع لدولة خارج الاتحاد الأوروبي، وكان فيه مخالفة للأحكام الحمائية الواردة في قانون الاستهلاك وخصوصاً إذا خالف نص المادة (132/1) وهي تتوافق مع توجيهات الاتحاد الأوروبي.

وفي سويسرا، تنص المادة (120) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر 1987م على تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك على العقود التي تتعلق بأداء استهلاكي معد للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك والتي لا ترتبط بالنشاط المهني أو التجاري له.

وبرأينا فإن الأخذ بالقانون الأصلح للمستهلك يساهم بدرجة كبيرة في حماية المستهلك اتجاه الحرية الممنوحة للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، وما يترتب على ذلك من ضغوط على الطرف الضعيف، أي المستهلك من قبل الطرف القوي في العلاقة العقدية الدولية وهو المهني المحترف (المزود).

المطلب الثالث: القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية في اتفاقية روما

بالرجوع إلى اتفاقية روما الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، نجد أن المادة الرابعة من هذه الاتفاقية قد جاءت بعدد من الضوابط يمكن أن يسترشد بها بشأن إخضاع العقد لقانون الدولة التي يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً وذلك بالنص: "القانون واجب التطبيق عند عدم الاختيار: 1. إذا لم يتم اختيار القانون واجب التطبيق طبقاً لأحكام الفقرة (3) يخضع العقد لقانون الدولة التي يكون له معها روابطة وثيقة، وإذا كان جزء من هذا العقد منفصل عن باقي العقد وله روابط وثيقة مع دولة أخرى، فإنه يجوز أن يطبق قانون هذه الدولة على هذا الجزء من العقد على سبيل الاستثناء، 2. وبمراعاة الفقرة (5) يفترض أن العقد يمثل الروابط الأكثر قوة مع الدولة التي يقع فيها محل الإقامة المعتادة للطرف الذي يورد الالتزام الرئيسي وقت إبرام العقد أو إذا كان الأمر يتعلق بشخص معنوي (جمعية أو شركة) كانت إدارته المركزية توجد في هذه الدولة، ومع ذلك إذا كان العقد قد أبرم في إطار النشاط المهني لهذا الطرف، فإن هذه الدولة تكون هي الدولة التي تقع فيها منشأته الرئيسة، وإذا كان الأداء يجب توريده بواسطة شخص آخر غير المؤسسة الرئيسة، فإن هذه الدولة تكون هي التي تقع فيها هذه المؤسسة..."[105].

وبذلك تكون الاتفاقية قد تبنت ضابط الأداء المميز للعلاقة التعاقدية لتحديد القانون واجب التطبيق، وقد جاءت الفقرة (4) من المادة المذكورة أعلاه لتضع قرينة مفادها، أن أوثق القوانين صلة بالعقد تتحقق في الدولة التي يوجد بها وقت إبرام العقد محل الإقامة العادية للطرف الذي يلتزم بالأداء المميز في العملية، وإذا كان العقد داخلاً في ممارسة النشاط المهني لهذا الطرف، فإن هذه الدولة التي على اتصال بالعقد بمقتضى الروابط الأكثر شدة تكون هي تلك التي يوجد بها مقر المنشأة الأساسية، وإذا كان الأداء المميز واجباً تقديمه بمقتضى العقد من مؤسسة أخرى ثانوية مثلاً كالفرع غير المنشأة الرئيسة، فإن الدولة المعنية هي تلك التي توجد بها المؤسسة الأخرى[106].

تبنى فكرة الأداء المميز للعلاقة التعاقدية الفقيه "شنايترز"، وتقوم فكرتها على أن يكون تحديد القانون واجب التطبيق لكل عقد على أساس تحديد أهم الأداءات الرئيسة في العقد، وقد تختلف تلك الأداءات الرئيسة من عقد لآخر، وتسهم إلى حد بعيد في التخلص من عنصر المكان بروابط أساسي من الروابط المتصلة بالنزاع المطروح، وقد تبنى القانون المدني السويسري هذه الفكرة في المادة (113) والتي نصت بأنه: "يسري على العقد في حال غياب اختيار قانون الدولة التي بها روابط أكثر وثوقاً، وتتوفر تلك الروابط مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الواجب عليه تقديم الأداء المميز"[107].

وجاء في المادة (4) من اتفاقية روما لعام 1980م "في حال انعدام الاختيار الصريح للأطراف يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقاً، وتتوفر تلك الروابط مع البلد الذي يقيم فيه عادة وقت إبرام العقد الطرف الذي يقدم الأداء المميز"، وهو نص تم نقله من القانون الدولي الخاص الألماني، وكذلك أخذ بتلك الفكرة القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982م، وكذلك جاء في القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979م في المادة (29) على أنه "إذا لم يستطع القاضي تحديد القانون واجب التطبيق يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية، ويتم

تحديد الأداء المميز عند إبرام العقد"، ويرى الفقه أن هذه الفكرة تحقق الأمان القانوني دون فقدان المرونة المطلوبة في الإسناد، ذلك أن تطبيق هذه الفكرة سيؤدي غالباً إلى تطبيق قانون لا يخرج عن توقعات الأطراف(108).

وغالباً ما يسهل تحديد الأداء المميز ويتمثل في محل إقامة المدين لسهولة تحديده، فإذا كان المدين بالأداء المميز شركة أو مؤسسة أو أي شخص معنوي آخر، فإن مركز إدارته الرئيس يعدّ هو المكان الذي يفترض فيه أن يؤدي فيه الأداء المميز، فإذا كان العقد قد أبرم في إطار النشاط المهني للمدين بالأداء المميز كانت الدولة التي يفترض فيها على أوثق صلة بالعقد هي تلك التي توجد بها المؤسسة الرئيسة(109).

ما يلاحظ على فكرة الأداء المميز للعلاقة التعاقدية أنها قد كفلت للمتعاقدين ضمان القانون دون أن تفقد مع ذلك المرونة المتطلبة في الإسناد بخصوص طبيعة العقد محل النزاع، فالتركيز الموضوعي يتم وفقاً لهذه الفكرة على أساس الطبيعة الذاتية للعقد بغض النظر عن آراء المتعاقدين، كما قد تشير إليها ظروف التعاقد وملابساته.

لذا، نجد في الإسناد المرن لفكرة الأداء المميز مساحة واسعة للتطبيق من خلال إسناد العقد مثلاً للمكان الذي تم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي المتميز عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد.

ولضوابط الإسناد دور في تحديد وتشخيص فكرة الأداء المميز للعلاقة التعاقدية، فمن ناحية محل الإبرام فإنه من أول الضوابط التي وافقت تنظيم العقود الدولية منذ نظرية الأحوال الإيطالية، وبالرغم من أهمية هذه الفكرة إلا أنها لا تلبي متطلبات التعاقد بين غائبين، وهو ضابط عرضي وفجائي يعتمد على الملائمات التي يقدرها الأطراف(110).

ولعل الرأي الفقهي(111) الذي يستند إلى البحث عن القانون واجب التطبيق إلى المنهج التحليلي الذي يقوم على فكرة الأداء الأكثر تميزاً للعملية، هو الأقرب للتطبيق على تعاملات المستهلك الإلكترونية الدولية في نظام التجارة الإلكترونية، حيث إنه بالرغم من سيطرة قانون التاجر أو مقدم الخدمة (المزود) على هذه التعاملات، فإن ذلك يتطلب بداية مراعاة الطبيعة الخاصة للعلاقات في إطار نظام التجارة الإلكترونية، سواء تلك التي تربط أطراف النظام مباشرة أو تلك التي تتعلق بتشريعات الدول بشأن التعاملات الإلكترونية، وأن لكل من هذه التعاملات خصوصيتها التي تدعو إلى تحليلها لبيان الوسط الأكثر تأثراً بها وصولاً إلى تحديد النظام القانوني المعني أكثر من غيره بهذه التعاملات.

وبرأينا فإن تحديد القانون واجب التطبيق بحسب تنوع العقود وأهمية الالتزام الأساسي فيها يعدّ قاعدة إسناد مرنة، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أن هذا الالتزام هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره ويتميز هذا الضابط بسهولة العلم المسبق به ومرونته وملاءمته لكل أنواع العقود، فالأداء المميز في عقد البيع مثلاً هو التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري.

رغم مزايا ضابط الأداء المميز للعلاقة التعاقدية، إلا أن هناك صعوبات في تطبيقه على العقود الإلكترونية بحيث أنه قد يضر بمصالح الطرف الضعيف في بعض العقود التي يكون فيها التسليم من طرف المزود الطرف القوي، بالإضافة إلى ذلك فإنه توجد بعض العقود المركبة تتساوى فيها التزامات كل طرف بحيث يصبح من الصعب تحديد الأداء المميز، ونجد لذلك مثال في عقد توريد المعلومات على شبكة الإنترنت.

إلا أنه يجب الأخذ في الاعتبار عند إعمال هذا المنهج التحليلي اتباع القواعد الآمرة في التشريعات الوطنية، وهي القواعد فورية التطبيق والتي جرى الفقه القانوني على تسميتها "بقوانين أو قواعد البوليس"، والتي تطبق أياً كان القانون واجب التطبيق على العلاقة سواء تم الاتفاق صراحة على اختيار هذا القانون أم لا، ومن قبيل ذلك: الضوابط التي تنظم حماية تعاملات المستهلك، ولعل من أهمها: ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

حيث حرصت اتفاقية روما على تكريس ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك وذلك بالنص في المادة الخامسة من هذه الاتفاقية (العقود المبرمة بواسطة المستهلكين) بأنه:

"1. تطبق المادة الحالية على العقود التي يكون موضوعها توريد منقولات مادية أو خدمات لشخص المستهلك لاستعمال يمكن أن يعد غريباً عن نشاطه المهني وعن العقود المخصصة لتمويل هذا التوريد.

2. بالرغم من أحكام المادة (3) فإن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق ليس من شأنه أن يحرم المستهلك من الحماية التي تكفلها النصوص الآمرة في قانون الدولة التي يقع فيها محل إقامته المعتادة:

– إذا كان إبرام العقد في هذه الدولة قد سبقه عرض خاص أو دعاية، وإذا كان المستهلك قد قام باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في هذه الدولة، أو إذا كان المتعاقد مع المستهلك أو ممثله قد تلقى الطلب من المستهلك في هذه الدولة.

– إذا كان العقد يتعلق ببيع بضائع، وانتقل المستهلك من هذه الدولة إلى دولة أجنبية وابرم العقد بشرط أن تكون الرحلة

قد نظمت بواسطة البائع وبغرض تشجيع المستهلك على إبرام العقد.

3. مع مراعاة أحكام المادة (4) وفي ظل عدم اختيار صريح طبقاً للمادة (3)، تخضع هذه العقود لقانون الدولة التي يكون فيها محل الإقامة المعتادة للمستهلك إذا تمت بالظروف المحددة بالفقرة (2) من هذه المادة.

4. لا تطبق هذه المادة على: أ. عقود النقل، ب. عقود توريد خدمات إذا كانت الخدمات المستحقة للمستهلك يجب أن تقدم بصفة قاصرة في دولة أخرى غير التي يوجد فيها محل إقامته المعتادة.

5. وبالرغم من أحكام الفقرة (4)، تطبق المادة الحالية على العقد المقدم ثمن إجمالي للأداءات الملازمة للنقل والسكن".

يلاحظ على هذه المادة أنها وضعت ضوابط محددة لتعاملات المستهلك في إطار هذه الاتفاقية، حيث إن المادة (1/5) قد حددت سريان الاتفاقية على عقود الاستهلاك بالمعنى الوارد في المادة.

أما المادة (2/5) فقد منحت سيادة لقانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك بحيث يتم استبعاد قانون الإرادة إذا كان من شأنه حرمان المستهلك من هذه الحماية وتناولت ضوابط تحقيق هذه الحماية من خلال تحديد حالات معينة.

فقد تناولت الحالة الأولى الفروض الغالبة للبيوع بالمراسلة والبيع بالموطن والبيوع التي تتم عبر الدعاية في دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك، حيث عالجت هذه المادة عمليات البيع التي تتم طوعاً في دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وهنا تتحقق الحماية المكفولة له بقانون دولة الإقامة المعتادة في مواجهة تعسف البائع في اختيار قانون أقل حماية للمستهلك من قانون محل إقامته المعتادة، كما تعالج هذه الحالة حماية المستهلك الذي يتعاقد تحت تأثير الأساليب المختلفة أو الدعاية بأنواعها والتي تدفعه إلى إبرام العقد من أجل إشباع حاجاته، وهنا تتحقق له الحماية الواردة في قانون محل إقامته المعتادة وهذه الحالة يمكن القياس عليها في نظام التجارة الإلكترونية وتطبيق هذا الضابط عليها كما ورد بنص المادة أعلاه من الاتفاقية[112].

أما الحالة الثانية من المادة (2/5)، فإنها تتعلق بحالة قيام المستهلك بالتعاقد مع آخر من خلال ممثل أو فرع له على سبيل المثال (وكيل تجاري أو فرع شركة أجنبية) يتبع الأخير وذلك في دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وذلك دون اشتراط قيام المتعاقد معه المستهلك بأي عمل يستهدف منه الدعاية لجذب المستهلك كما في الحالة الأولى، أو وجود مقر رئيسي لإدارة نشاطه في دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك[113].

وتتناول الحالة الثالثة من المادة (2/5) نوعاً معيناً هو عقد بيع البضائع ويطلق عليه بيع الرحلات، حيث يقوم البائع بتنظيم رحلة معينة خارج دولة مكان الإقامة المعتادة للمستهلك بهدف حث الأخير على شراء منتجات معينة[114].

هذه هي الحالات الثلاث التي تمنح المستهلك حماية خاصة بموجب قانون دولة مكان الإقامة المعتادة، غير أن هذه المادة تتضمن تخييراً بين القانون الذي اختاره الأطراف وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك أيهما أكثر صلاحية للمستهلك، ففي حالة عدم ترجيح القانون المختار لتحقيق هذه الحماية، فإنه يتم تطبيق النصوص الآمرة في قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك[115].

وبذلك تستبعد هذه الاتفاقية مجموعة من العقود لا تتوافر لها الحماية المنصوص عليها في المادة (5) لعدم توافر شروط الاستفادة من هذه الحماية.

إن جميع الضوابط المتضمنة الحالات الوارد ذكرها حصراً بنص المادة (5) من اتفاقية روما يتم إعمالها عند تحديد القانون واجب التطبيق على تعاملات المستهلك من خلال نظام التجارة الإلكترونية والقياس عليها؛ نظراً لتشابه المركز القانوني بين المستهلك في التعاملات التقليدية مع المركز القانوني للمستهلك في التعاملات الإلكترونية، كما أنه يمكن الاستعانة بهذه الضوابط حتى للدول غير المنضمة للاتفاقية ومنها الدول العربية بما فيها الأردن، وذلك لسد النقص التشريعي والتنظيمي في هذا الجانب.

وتأسيساً على ما سبق، نجد في هذا الصدد، أن اتفاقية روما لسنة 1980م المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تعامل العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً معاملة خاصة، يمكن وصفها بأنها تطبق مبدأ "القانون الأصلح للمستهلك"، فهي تسمح للأطراف في العقد الدولي الذي يكون أحد أطرافه مستهلكاً بأن يختاروا القانون واجب التطبيق على عقدهم، ويصبح هذا القانون هو واجب التطبيق، لكن بشرط أن يحترم هذا القانون المختار الحد الأدنى من الضمانات الممنوحة للمستهلك في القانون الذي يوجد به محل إقامته المعتاد، والتي تشكل قواعد ضبط من النظام العام، أما في الحالة التي لم يختر فيها طرفي العقد المتضمن مستهلكاً قانوناً لحكم علاقتهم، أو اختاروا قانوناً يقدم ضمانات أقل من الضمانات التي يمنحها قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك، فإن القاضي في هذه الحالة يطبق القانون الأصل للمستهلك الذي يكون واجب التطبيق عندئذ.

إن فكرة "القانون الأصلح للمستهلك" تتضمن أن يطبق

القاضي قواعد التنازع للبلد الذي يحمل الأطراف جنسيته المشتركة أو قانون البلد الذي يقيم فيه الأطراف إقامة مشتركة، فهذه الفكرة تقوم على الاستخدام الأمثل للخروج من واحة تنازع القوانين ومحاولة الوصول إلى تطبيق القانون الأنسب واحترام توقعات الأطراف، وهذا ما أكدت عليه المادة (4) من القانون الدولي الخاص السويسري التي أحالت إلى قواعد التنازع في القانون السويسري ما عدا قواعد التنازع للمقر أو للإقامة المعتادة لكل طرف.

ونرى أن الأخذ بهذه الفكرة سيفعل مسألة الأداء المميز في العقد التي أوضحناها سابقاً، وذلك من خلال تطبيق قانون الدولة التي بها روابط أكثر وثوقاً بالعقد، وتتوفر تلك الروابط مع الدولة التي بها الإقامة المعتادة للطرف الواجب عليه تقديم الأداء المميز.

وجاء في المادة (5) من اتفاقية روما لعام 1980م أنه: "في حال انعدام الاختيار الصريح للأطراف يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط صلة وتتوفر تلك الروابط مع البلد الذي يقيم فيه عادة وقت إبرام العقد الطرف الذي يقدم الأداء المميز".

فالقاضي يلجأ إلى قاعدة الإسناد الموضوعي إذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين، وتعذر عليه استنتاج إرادتهم بحيث لا يبحث في هذه الحالة عن قرائن مستمدة من العلاقة التعاقدية وملابسات الحال، ويفرض عليهم إرادة غير موجودة فعلاً تستند على ضوابط جامدة معلومة سلفاً. ومن ثم فإن إعمال "القانون الأصلح للمستهلك" فيه تطبيق لقواعد الإسناد المرن لتحديد القانون واجب التطبيق، فقد يكون هذا القانون هو قانون محل إبرام العقد بحيث يتمتع بالأفضلية لتعيين القانون واجب التطبيق؛ لأنه مكان تتجسد فيه الإرادات ويمكن التعرف عليه بسهولة، وقد يكون هذا القانون قانون محل تنفيذ العقد؛ باعتباره المكان الذي تتمركز فيه مصالح المتعاقدين، ففي هذا المكان سيجني الطرفين ثمار تعاقدهم، على نحو ما سنرى تفصيلاً عن دراسة ضوابط تحديد القانون الأصلح للمستهلك.

إن سكوت الأطراف المتعاقدة عن الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي وتعذر على القاضي أن يكشف بطريقة مؤكدة عن إرادتهم الضمنية في هذا الاختيار، فإن ثمة مشكلة على درجة من الأهمية، بل والصعوبة تثور على القاضي وهي التصدي لتبيان القانون واجب التطبيق في حالة السكوت.

ولكي يتمتع القاضي بسلطة تحديد القانون الأصلح على العلاقة التعاقدية المطروحة يجب قبل ذلك التأكد من جملة من المسائل من ضمنها:

1. وجود عقد دولي، حيث يقع على القاضي عبء التأكد أن العقد يعد ضمن عقود التجارة الإلكترونية الدولية، ويتحقق ذلك وفقاً للمعايير التي قيلت بشأن تحديد دولية العقد الإلكتروني والتي سبق أن بيناها في المبحث الثاني من هذه الدراسة، فمجرد التأكد من وجود عقد استهلاك إلكتروني دولي يعطي الحق للقاضي في اختيار القانون الأصلح للتطبيق على العلاقة التعاقدية في حالة سكوت الأطراف عن اختياره.

2. أن القاضي قبل اختياره للقانون الأصلح يضع في عين اعتباره أنه من المفترض في المتعاقدين العلم بمحتوى هذا القانون حيث أن هناك جملة من القوانين يجب على من له مصلحة العلم بها من بينها قانون محل الإبرام ومحل التنفيذ[116]، ويرجع القاضي لهذه القوانين للاختيار، منها القانون الأصلح للمستهلك. فحرية القاضي في شأن تعيين القانون الأصلح المطبق على العقد الإلكتروني الدولي متوقفة على اختيار قانون يكون المتعاقدان على علم به، ويكون له صلة وثيقة بالرابطة العقدية، وبذلك فالمهمة الموكلة للقاضي تكون فيها الحرية "حرية وظيفية" أي أن يستخدمها القاضي في حالة سكوت الأطراف فقط كما يستخدمها للبحث عن القانون الأصلح والأكثر ارتباطاً بالعلاقة العقدية، منعاً لاحتمال قيام القاضي باختيار قانون عشوائي، ودون أساس قانوني يستند إليه[117].

3. على القاضي كذلك أن يتأكد من أن القوانين المتنازعة لحكم العلاقة التعاقدية والتي يكون من ضمنها القانون الأصلح لم يرتكب فيها المتعاقدان غشاً نحو القانون، لكن مسألة النظام العام لا تطرح في شأن القانون الأصلح الذي يتولى تحديده القاضي، ذلك لأن مناط القانون الأصلح الذي يختاره القاضي، وامتداده للخارج، متوقف على عدم التحايل من قبل المتعاقدين على القانون بإيجاد صلة مصطنعة مثلاً يستند لها القاضي في تحديد هذا القانون، لكن تطبيقه ليس متوقف على حالة موافقته أو معارضته للنظام العام، إضافة أن القاضي يلعب دورين[118]:

– الأول: هو تحديد القانون المطبق على العقد الإلكتروني الدولي.

– أما الثاني: فهو النظر في النزاع وتطبيق القانون الذي اختاره.

إذن لا يتصور أن يختار القاضي قانوناً مخالفاً للنظام العام في دولته، وبعدها يستبعده باسم الدفع بالنظام العام.

4. إضافة إلى ما ذكر سابقاً، تظهر حالة تعدّ غاية في الأهمية، يجب على القاضي فيها التأكد من عدم حدوثها، والمتمثلة في اختيار المتعاقدين بعد إبرام العقد القانون الذي

يحكم العقد الإلكتروني الدولي، ذلك لأنه إذا توفرت هذه الحالة يمتنع على القاضي القيام بالبحث عن القانون الأصلح، ذلك لأن المتعاقدين تنبها أنهما لم يختارا القانون المطبق قبل إبرام العقد فقاما باختياره بعد ذلك، إضافة أن تطبيق القانون الأصلح يعبر عن نية الأطراف بصفة غير مباشرة عن طريق القاضي، فإذا اختار المتعاقدان القانون الذي يحكم العقد فإن النية تظهر جلية وبصفة مباشرة من قبل الأطراف دون الحاجة إلى الرجوع إلى القاضي لتحديدها[119].

تجدر الإشارة إلى أن الأصل التاريخي لفكرة الأخذ بالقانون الأصلح يعود إلى فكرة تركيز العقد التي جاء بها الفقيه "باتيفول"، بحيث تأثر القضاء الفرنسي بها في حالة سكوت الإرادة عن اختيار القانون المطبق على العلاقة العقدية واعتبر أن القانون الأصلح المختار من قبل القاضي ما هو إلا تكريساً لنظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية[120].

إن سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون واجب التطبيق يفرض على القاضي البحث عن القانون الأصلح لحكم العلاقة العقدية، وهو في سبيل تحقيق ذلك قد يستند إلى ضوابط تعتبر كقرائن تساعده في بحثه عن هذا القانون، وقد تكون هذه الضوابط عامة تذكر مسبقاً في العقد إضافة إلى ضوابط أخرى يمكن استنتاجها من ظروف وملابسات التعاقد. وسنبحث هذه الضوابط بصورة موجزة.

أولاً: الضوابط العامة في تحديد القانون الأصلح

قد يتعذر تحديد القانون الأصلح، فتذهب بعض التشريعات لحسم هذه الصعوبة إلى وضع ضوابط محددة يستهدي بها القاضي أثناء تحديده للقانون المطبق على العقد الدولي، وهذا النوع من الضوابط تعتبر عامة نظراً لأنها من المفروض أن تتوفر في كثير من عقود التجارة الدولية إن لم نقل جميعها.

ولقد حاول الفقهاء إيجاد تسمية أخرى لهذه الضوابط ومن بينهم "باتيفول" نظراً للخصوصية الأساسية التي تتمتع بها في أنها إسناد جامد؛ لأن القانون الأصلح وفقاً لهذا النوع من الضوابط يكون محدد وغير قابل لتغيره بعد إبرام العقد الدولي ويتولى القاضي البحث عنه مباشرة من أجل جعل العقد خاضعاً إليه[121].

إن هذه الضوابط تنحصر في ضابطين يتمثلان في قانون مكان إبرام العقد وقانون مكان تنفيذه، بينما قانون الجنسية المشتركة لم يحصل الاتفاق عليه بين الفقه القانوني، ويرجع السبب إلى أنه لا يعبر عن صلة وثيقة مع العقد بل مع المتعاقدين أيضاً، كما أن البعض يعتبر أن الجنسية المشتركة للطرفين لا تكسب العقد الصفة الدولية ولا نكون هنا أمام تنازع القوانين[122].

وبذلك يمكن للقاضي اللجوء إلى هذين الضابطين في حالة سكوت المتعاقدين، ويتميزان في أنهما يحققان شرط العلم للمتعاقدين بهذا القانون، مما يحقق لهما الأمان القانوني الذي ينشدانه ويصون هذا النوع توقعاتهما المشروعة من ناحية والاستقرار المتطلب للتجارة الإلكترونية الدولية من ناحية أخرى. وسنبحث هذين الضابطين تباعاً.

1. قانون محل الإبرام

وفقاً لهذا الضابط فإنه في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يتولى القاضي البحث عن القانون الأصلح بالرجوع إلى قانون محل الإبرام المحدد في العقد، ويعدّ قانون مكان إبرام العقد قرينة كانت تأخذ به المدرسة الإيطالية القديمة في تحديد النظام القانوني للعقود الدولية، ولقد تبعها في ذلك قضاء مجموعة من الدول ومن ضمنها القضاء الإنجليزي والبلجيكي والإسباني، وحتى قضاء الولايات المتحدة الأمريكية[123]، إضافة إلى القانون المدني الأردني (المادة 1/20).

إن أهمية هذا الضابط دفعت الفقه القانوني إلى اعتباره القانون الأصلح الوحيد الذي يجب تطبيقه على العقد في حالة سكوت الأطراف، وأرجعوا ذلك إلى عدة أسباب ومن ضمنها[124]:

1. أن المكان الذي يبرم فيه العقد إنما يعبر على مكان نشأته، ويسهل بذلك للمتعاقدين الرجوع إليه للتأكد من صحة التعاقد، والسلامة القانونية للشروط التي يضعها المتعاقدان في عقود التجارة الدولية.

2. إن من الناحية العملية لا يمكن لمحل الإبرام أن يكون متعدداً بل في أي عقد محل الإبرام يكون واحداً ويمكن تحديده من دون أي صعوبة تثار، وبذلك يكون من السهل للمتعاقدين معرفته.

3. أنه من الناحية القانونية يشكل الأخذ بمحل الإبرام توحيد القانون المطبق على العلاقة العقدية من حيث شكل العقد وموضوعه، وبذلك فإن شكل العقد وموضوعه يخضعان إلى قانون واحد متمثل في قانون محل الإبرام.

مما تقدم، فإن عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي مرتبط بقانون محل الإبرام، لكن هذا الضابط قد لا يشكل واقعاً قانوناً أصلح للتطبيق على العلاقة التعاقدية، إذ أنه قد تكون هناك عناصر أكثر أهمية من قانون محل الإبرام تعبر موضوعياً على مركز العلاقة والمتمثل في قانون محل التنفيذ.

1. قانون محل التنفيذ

يعتبر قانون محل التنفيذ الضابط الثاني الذي يمكن للقاضي الرجوع إليه في تحديد القانون الأصلح للتطبيق على

العقد إذا سكت المتعاقدان عن اختياره، ويرجع الأخذ بهذا القانون إلى أن قانون مكان التنفيذ أصبح هو المفضل لدى الفقه الحديث، إضافة أن العقد يظهر من خلال تصرفات خارجية يقوم بها المتعاقدان كتسليم البضاعة في عقد البيع الدولي مثلاً والذي يعدّ الالتزام الرئيسي قبل الالتزام بنقل الملكية، وبذلك يوجد محل التنفيذ صلة واقعية بين العلاقة العقدية والقانون المطبق[125].

لقد أخذ بهذا الضابط القضاء السويسري، بحيث أن أول مرة قررت فيها المحكمة الفيدرالية السويسرية صراحة كيفية تحديد محل تنفيذ يرجع إلى قرار صدر في تاريخ 1918/10/11م والمتعلق بعقد البيع الدولي "حيث اعتبر أن تحديد القانون المطبق على عقد البيع الدولي، يتم عن طريق الأطراف، وفي حالة سكوت المتعاقدين يعود الاختصاص لقانون محل تنفيذ العقد"[126]. فطبقاً لهذا الحكم تم إقرار خضوع العقد لقانون محل التنفيذ.

لكن رغم الطابع الملائم لهذا الضابط إلا أن له عيوباً بحيث يتعذر على إثرها تطبيق قانون محل التنفيذ كما لو تعددت أمكنة التنفيذ أو ما يعرف بمحل التنفيذ المتعدد أو كان محل التنفيذ غير معين في العقد أو تعذر تحديده. وسنبحث هاتين الحالتين تباعاً.

الحالة الأولى

إذا طبقنا هذا الضابط تتعدد في بعض الحالات القوانين التي تحكم العلاقة القانونية نظراً لتعدد أماكن التنفيذ، وقد اقترح البعض لتحديد القانون الأصلح بأن يتم تطبيق قانون مكان التنفيذ الأساسي[127] فيما لو وجد من بين تلك الأماكن ما يمكن اعتباره محلاً للتنفيذ الرئيسي، ففي بيع المنقول هو مكان تسليم المبيع مهما يكن مكان الوفاء. لكن قد يحدث أن يتعذر تحديد هذا المكان الرئيسي مما دفع معارضي قانون محل التنفيذ إلى الرجوع لتطبيق قانون محل الإبرام.

الحالة الثانية

ففي هذه الحالة لا يحدد المتعاقدان محل التنفيذ، فمن غير المتصور الانتظار حتى يتم تنفيذ العقد بالفعل، لكي نحدد بسهولة قانون الدولة التي تم فيها التنفيذ، ذلك لأنه في بعض الحالات قد يجبر القاضي إلى البحث عن القانون الأصلح عند سكوت المتعاقدين قبل تنفيذ العقد، لأن في بعض الأحيان قد يثور نزاع حول العقد قبل البدء في التنفيذ، ودون أن يحدد مسبقاً مكان التنفيذ.

إضافة إلى أن عدم تحديد محل التنفيذ قد يخل بشرط العلم مسبقاً بالقانون الذي سيحكم العقد مما قد يؤدي إلى المساس بتوقعات الأطراف، لذلك منح لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في حسم الحالة الثانية بحيث يكون للقاضي سلطة تحديد القانون الأصلح على عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي مع وضعه تحت الرقابة القضائية.

ثانياً: الضوابط المتعلقة بظروف وملابسات التعاقد

تبين أنه في بعض الحالات يتعذر تطبيق الضوابط العامة في تحديد القانون المطبق على العقد الدولي سواءً بالنسبة لقانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ، لذا حاول كل من الفقه والقضاء منعا من الوقوع في حالات مماثلة يتعذر فيها تحديد القانون المختص إيجاد حلا آخر يتم من خلاله تحديد هذا الأخير بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد[128]، ويقصد بهذا المصطلح الظروف التي تكون محيطة بالعلاقة العقدية أثناء إبرام العقد الدولي، وبذلك يمكن للقاضي البحث من ضمن القوانين المتواجدة، والتي تتنازع لحكم العلاقة العقدية إذا وجد قانوناً أصلح وفقاً لمقتضيات وظروف التعاقد، ويتمتع القاضي بهذا الحق الذي يمنح له سلطات واسعة على أثر عرض النزاع عليه.

الملاحظ أن تحديد هذا القانون وفقاً لهذه الظروف يختلف ويتنوع من عقد إلى عقد آخر حتى وإن كانت تلك العقود تتمتع بطبيعة واحدة، فكل عقد يختلف فيه تحديد القانون المطبق في حالة سكوت الأطراف عن عقد آخر يحمل نفس الفئة، وعلى العكس بالنسبة للضوابط العامة السابقة الذكر التي لا تتمتع بهذا التباين، فإسناد مسبق لا يختلف من عقد لآخر في عقود ذات طبيعة واحدة، فالعقود وفقاً لهذه الضوابط العامة تعتبر فيها المسألة محسومة بالنسبة للقانون المطبق، وهذا التباين كان له الأثر الكبير بالنسبة للأحكام الصادرة في هذا الصدد والتي أخذت بها مما دفع إلى وجود تباين شديد في هذه الأحكام[129].

وأول من أتى بهذه الفكرة ولو بطريقة غير مباشرة الفقيه الفرنسي "باتيفول" أثناء دراسته للقانون المطبق على التصرفات التعاقدية التي أقر فيها "تركيز العقد"، بحيث لم يتوقف هذا الفقيه عند حد تركيز العقد في حالة وجود اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد بل وصل إلى غياب إرادة المتعاقدين، بحيث أن القاضي عند بحثه عن القانون الأصلح الذي يركز فيه العلاقة العقدية يتم ذلك بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد[130]، وعلى هذا الأساس قد ينتهي القاضي إلى تركيز العقد في بلد معين.

ومن ضمن أحكام القضاء بهذا الشأن، صدر عن محكمة النقض الفرنسية حكم بتاريخ 1959/7/26م الذي جاء فيه أنه: "إذا لم تقم الأطراف المتعاقدة باختيار القانون المطبق على العقد صراحةً، فعلى القاضي الذي ينظر في الموضوع أن

يتولى البحث عن القانون الأصلح مستنداً في ذلك إلى ظروف التعاقد وملابساته"[131].

فوفقاً لهذا الحكم، يتمتع القاضي بالمرونة اللازمة والتي يستحقها لبحثه عن القانون الأصلح الذي يتم تطبيقه على العقد الدولي، فالقاضي له سلطة تحديد هذا القانون في كل حالة على حدة، فإذا تبين له وجود هذا القانون وفقاً لظروف وملابسات التعاقد يتولى بعد ذلك تطبيقه على العلاقة العقدية.

إن مسألة تغير الظروف والملابسات التي ترافق إبرام العقد تختلف من عقد إلى آخر، لكن هذا لم يمنع من وجود ظروف وملابسات معروفة يمكن للقاضي الرجوع إليها في بحثه عن القانون، وهذه الظروف والملابسات لا يمكن حصرها بل يتم ذكرها فقط على سبيل المثال، منها:

1. تحرير العقد من قبل موظف تابع لدولة معينة: قد يكون ضمن الظروف والملابسات المرافقة لإبرام العقد أن يتفق المتعاقدان على أن تحرير العقد يتم أمام موثق رسمي تابع لدولة معينة[132] أو أمام أحد القناصل التابعة لدولة ما، وهذا يعبر عن الظرف الذي رافق إبرام العقد الدولي ويمكن الاستناد إليه في تحديد القانون المطبق، فالقاضي يمكنه أن يستنتج من هذا الضابط قانون دولة الموثق كقانون أصلح مختص.

2. اللغة التي يحرر بها العقد: تعدّ هذه اللغة كذلك وسيلة يستشف بها القاضي القانون الأصلح إسناداً إلى الأخذ بظروف وملابسات التعاقد، إلا أن بعض الفقه لا يعتبر لغة تحرير العقد في ذاتها دليلاً على تطبيق قانون دولة لغة المحرر بها العقد إلا إذا وجدت برفقتها قرينة أخرى تزيدها قوة من أجل اعتبارها ضابطاً يرجع إليه[133].

3. التعاقد مع الدولة: كذلك التعاقد مع الدولة باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي الخاص غير متمتعة بسيادة يشكل دليلاً بالنسبة للقاضي على الخضوع لقوانين تلك الدولة، إلا أن ذلك يقتضي أن لا يتجاوز كونه مجرد قرينة على اختيار قانون دولة الطرف في العقد كمركز العلاقة ما لم يثبت العكس[134]، فالقاضي إذن عليه التأكد من عدم وجود العكس بحيث يقوم المتعاقدان في بعض الحالات باختيار قانون آخر بعد إبرام العقد.

إن كان لهذا الضابط مميزاته في السعي من أجل تحقيق العدالة على نحو أفضل لكونه لم يراع فقط طبيعة العقد الذاتية، وإنما المقتضيات التي صاحبت التعاقد، إلا أن هذا الضابط لا يحقق للمتعاقدين العلم به وحتى القاضي إلا بعد البحث عنه عندما يعرض النزاع عليه بالتالي لا يمكنه توقعه ولا حتى محتواه.

وبذلك لا يتحقق شرط العلم المسبق للمتعاقدين بالقانون الذي يحكم العقد قبل تحديده الذي يمكن للضوابط العامة سواء كانت محل الإبرام أو التنفيذ أن تحققه، لكن هذا لا يمس بشرط العلم نظراً لأن هذا الشرط يجد فعاليته عندما يكون الاختيار صريحاً أو ضمنياً للمتعاقدين، أما عندما ينظر القاضي في هذه المسألة فقد يفقد هذا الشرط تلك الفعالية إذا استند إلى ظروف وملابسات التعاقد.

لكن ورغم الانتقادات التي وجهت لكل هذه الضوابط، إلا أن هذا لا يدفعنا إلى القول بعدم إعمال هذه الضوابط بل تبقى هذه الضوابط أصلح للتطبيق على العلاقة التعاقدية في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار القانون واجب التطبيق.

وهكذا، يتبين لنا بأن ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك يكرس الطابع الموضوعي لقاعدة التنازع للوصول إلى نتيجة موضوعية من خلال تعيين القانون واجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة والذي يحقق حماية فعالة للمستهلك في نظام التجارة الإلكترونية، فقاعدة التنازع إما أن تكون محايدة تفاضل بين القوانين بحياد وموضوعية بعيداً عن تحقيق مصالح أحد الأطراف، وإما أن يكون الهدف منها تحقيق مصلحة معينة، ولكون قواعد التنازع قواعد غير مباشرة، فهي لا تنتج مباشرة الأثر الموضوعي، وإنما يمكن الوصول إلى هذه النتيجة من خلال القوانين التي تشير إلى تطبيق هذه القواعد.

الخاتمة

بعد الانتهاء من إنجاز هذه الدراسة التي نتمنى أن نكون قد أوجزنا فيها من الفائدة ما يثري المكتبة القانونية العربية والأردنية، فقد تم التوصل إلى عدد من النتائج والتوصيات، ونستعرضها فيما يلي:

أولاً– النتائج

1. إن وصف عقد الاستهلاك الإلكتروني بكونه دولي يؤدي إلى معاملته معاملة خاصة تجعله يتحرر نوعاً ما من قبضة القوانين الوطنية ويخضع لقواعد خاصة به حيث يمكن لأطرافه اختيار القانون الذي يخضع له، ويمكن أيضاً أن يخضعوه لقواعد وأعراف التجارة الدولية أو حى إخضاعه لبنود العقد فقط.

2. أنه حينما يكون أحد أطراف العقد الإلكتروني الدولي مستهلكاً، فإن ذلك يستدعي إحاطته بحماية ورعاية خاصة من قبل التشريعات الوطنية الخاصة بحماية المستهلك، وقد خلصنا إلى أن التشريعات تختلف في درجة حماية المستهلك في العقود الإلكترونية الدولية وتتراوح ما بين الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة وبين تقييده بالقواعد الآمرة في قانون دولة القاضي، أو

تطبيق القانون الأصلح للمستهلك، وهو عادة ما يكون قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك.

3. عدم وجود ضوابط محددة لتدويل تعاملات المستهلك الإلكترونية في أغلب تشريعات المعاملات الإلكترونية.

4. أنه إذا كان ضابط المكان هو المتبع في تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي، فإن ذلك المكان يجب أن يفهم على أنه مكان مقر عمل المستهلك، أو مكان إقامته عند عدم وجود مقر عمل له، ومن ثم لا يعدّ المكان الذي يتواجد فيه المستهلك الذي صدر منه القبول إلكترونياً، هو مكان إبرام العقد.

5. لا تعد المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لاغية لنص المادة (101) من القانون المدني الأردني، وإنما يجب قراءة النصين معاً للوصول إلى نتيجتين هما:

- أن القانون المدني الأردني قد حسم الخلاف الفقهي حول تحديد زمان ومكان التعاقد الذي يتم بين غائبين عندما أخذ بنظرية صدور أو إعلان القبول، وبذلك تنطبق هذه النظرية على عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي بوصفه تعاقداً تم ما بين غائبين من حيث المكان باستخدام أحد وسائل الاتصال الحديثة في تبادل البيانات والمعلومات وبخاصة شبكة الإنترنت.
- أنه وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني لا يعدّ المكان الذي يتواجد فيه المتعاقد الذي صدر منه القبول إلكترونياً هو مكان إبرام العقد، وإنما مقر عمله، فإن لم يوجد فمكان إقامته لانعدام الصلة بين ذلك المكان الذي قد يتواجد فيه المتعاقد بصورة عرضية وموضوع عقد الاستهلاك الإلكتروني، مما جعل المشرّع الأردني يعدّ حكماً أن القبول الإلكتروني صدر في مقر عمله أو في مكان إقامته لغايات تحديد القانون واجب التطبيق، نظراً لوجود قدر من التركيز القانوني والصلة الوثيقة بين مقر العمل أو مكان الإقامة وبين موضوع العقد.

6. إن أغلب تشريعات التجارة الإلكترونية ارتأت إخضاع العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً للقانون الأصلح للمستهلك، حيث إن قانون الإرادة يعامل معاملة الشروط التعاقدية فقط، ومن ثم لا يطبق منه إلا ما لم يكن مخالفاً للقواعد الآمرة وقواعد البوليس في قانون محل إقامة المستهلك، والتي تعدّ من بينها كل قواعد حماية الأطراف الضعيفة داخل العلاقات التعاقدية، وهو الحل الذي برأينا يمكن إعماله بالنسبة للتشريع الأردني الذي لا يحتوي على قاعدة إسناد صريحة تحدد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، لذلك فإنه يمكن إعمال القانون الذي اختارته إرادة الأطراف ما لم يكن مخالفاً للنظام العام أو ينتقص من الحماية المقررة للمستهلك في القانون الوطني.

ثانياً- التوصيات

1. نوصي بأن يتدخل المشرّع الأردني لوضع قواعد إسناد للعقود الاستهلاكية الإلكترونية ذات الطابع الدولي، تجيز للطرفين (المستهلك والمزود) اختيار القانون واجب التطبيق على هذه العقود، وقد تبين لنا أثر هذا الاختيار على القواعد الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك والتي توفر له حماية أفضل من القانون المختار، ولعل نص المادة (2) من قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2004م تعدّ خطوة جيدة في هذا الاتجاه، غير أن المادة (109) من القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب لسنة 1999م خطت خطوة إضافية عندما بينت نطاق تطبيق القانون المختار على عقود الاستهلاك، ولذلك يمكن السير على هداها. وعليه، نوصي المشرّع الأردني أن يضمن قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2001م، نصاً خاصاً بهذه المسألة، ونقترح الصيغة الآتية: "1. يسري على العقد الإلكتروني القانون أو القواعد القانونية التي يختارها الطرفان صراحةً أو ضمناً، 2. وإذا لم يحدد الطرفان القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق، يسري قانون الدولة التي يكون للعقد الإلكتروني صلة وثيقة بها، 3. وإذا كان أحد الطرفين في العقد الإلكتروني مستهلكاً، يؤخذ بعين الاعتبار في جميع الأحوال القواعد الآمرة الواردة في قانون موطنه لحمايته".

2. نوصي المشرّع الأردني بالبحث عن انطباق إحدى الحالات الواردة في المادة (2/5) من اتفاقية روما، وذلك بالنظر إلى أن خصوصية التعاقد من خلال نظام التجارة الإلكترونية تتطلب البحث عن وجود أي من هذه الحالات على العملية المعنية، من خلال تحديد متى يمكن اعتبار أن العرض قد تمّ استقباله في محل الإقامة المعتادة للمستهلك، ومتى يمكن اعتبار التعاقد من خلال هذا النظام، له صلة وثيقة أيضاً بدولة محل إقامة المستهلك، إذا كان قد قام فيها بالأعمال الضرورية لإبرام العقد، ومتى يمكن اعتبار أن عرض السلع أو الخدمات والإعلان عنها من خلال هذا النظام هو عرض موجه للمستهلك بصورة خاصة، حيث إن الوسائط الإلكترونية تجعل من الصعوبة تحديد مكان هذا العرض أو الإعلان عنه هل هو دولة المستهلك، أم دولة مقر البائع، أم دولة مقدم الخدمة (المزود)؟

الهوامش

(1) داوود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، ص24.

(2) الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (25)، العدد (2)، 2009، ص823.

(3) العقد الإلكتروني: هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كلياً أو جزئياً، (المادة 2 معاملات إلكترونية أردني)، ويُقصد به لغايات هذه الدراسة: العقد الذي تتلاقى فيه عروض البضائع والخدمات التي يعبر عنها من قبل شخص بالوسائط الإلكترونية بقبول يتم التعبير عنه من قبل شخص آخر من خلال ذات الوسائط وذلك بالتفاعل بينهما من أجل إشباع حاجاتهما المتبادلة بإتمام العقد.

(4) المستهلك: تعرف المادة الثانية من مشروع قانون حماية المستهلك الأردني لسنة 2011م المستهلك بأنه: "مشتري السلعة أو الخدمة لغرض الاستهلاك، ويعتبر لأغراض هذا القانون كل مستفيد من السلعة أو الخدمة مستهلكاً"، ويعرف جانب من الفقه القانوني المستهلك بأنه: كل شخص طبيعي أو معنوي يحصل على سلعة تامة الصنع بهدف استخدامها في غرض معين دون تعريضها لعمليات إنتاجية تهدف إلى إعادة عرضها للبيع، وهو أيضاً كل من يباشر التصرفات القانونية التي تسمح له بالحصول على شيء أو خدمة معينة بهدف إشباع حاجاته ورغباته الشخصية وحاجات أسرته. انظر: الزايدي، العوامل المؤثرة في ولاء المستهلك للمنتجات الغذائية الوطنية في دولة الكويت، رسالة ماجستير، ص64. والرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، ط1، ص24.

(5) المعاملات: هي إجراء أو مجموعة من الإجراءات تتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف، وتتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أي دائرة حكومية (المادة 2 معاملات إلكترونية أردني).

(6) المعاملات الإلكترونية: هي المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية (المادة 2 معاملات إلكترونية أردني).

(7) التجارة الإلكترونية: هي معاملات في التجارة الدولية تتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات وغير ذلك من وسائل الاتصال، والتي تنطوي على استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات. انظر: الجنبيهي، قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية، ط3، ص62.

(8) دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، ط1، الإصدار السادس، ص66.

(9) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 4524 تاريخ 2001/12/31م، ص6010.

(10) راجع: نص المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

(11) يرمز لهذا النوع من التجارة الإلكترونية بالرمز (B2C) وهي التي تتم بين المستهلك والمراكز التجارية للتسوق على الإنترنت، أو المراكز الافتراضية، تفصيلاً راجع: سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2008م، ص11-12.

(12) المزود: يُقصد بالمزود الطرف الثاني في العملية التعاقدية في عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية في مقابل المستهلك، ويتمثل المزود في الشخص الطبيعي الذي يطلق عليه لقب التاجر، والشخص المعنوي كالشركات. انظر: محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009م، ص18. وقد عرّفه المشرّع المصري في قانون حماية المستهلك رقم (67) لسنة 2006م في المادة الأولى بأنه: "كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في إحدى المنتجات أو التعامل معها وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق".

(13) الاختصاص التشريعي: يُقصد به لغايات هذه الدراسة التشريع المختص بحكم عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي من ناحية، ومن ناحية أخرى يدخل في مفهومه القانون واجب التطبيق على هذا العقد متى كان مشوباً بعنصر أجنبي.

(14) التشريع الأردني: يُقصد به لغايات هذه الدراسة القانون المدني رقم (43) لسنة 1976م، وكذلك قانون المعاملات

الإلكترونية المؤقت رقم (85) لسنة 2001م.

(15) الحماية: يُقصد بها لغايات هذه الدراسة الحماية المدنية التي تهدف إلى بيان القانون واجب التطبيق على حماية المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي حتى لا يقع فريسة الاستغلال والغش، وتتمثل صور هذه الحماية بالتنفيذ العيني للالتزام، وكذلك التعويض، والفسخ، وحق العدول. انظر: العيد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت، 2009م، ص3.

(16) تجدر الإشارة إلى أن أول قانون لحماية المستهلك في الأردن تم إعداده كان في عام 2006م مكون من (26)، ثم في عام 2007م تم إعداد مشروع جديد يتكون من (48) مادة، إلا أن كلا المشروعين لم يقرا حتى الآن، لا بل قام وزير الصناعة والتجارة بسحب مشروع قانون حماية المستهلك الجديد لسنة 2011م من ديوان التشريع والرأي في شهر شباط لسنة 2011م، وما زال مشروع هذا القانون في أروقة وزارة الصناعة والتجارة، ولم يدرج على الدورة الاستثنائية لمجلس النواب الأردني آنذاك، ونتمنى أن يرى النور قريباً في ظل مجلس النواب السابع عشر. المصدر: جريدة العرب اليوم تحت عنوان: "قانون حماية المستهلك لا زال في أروقة الصناعة والتجارة"، عبر الموقع الآتي:

.http://www.alarabai/awn.net/print/php?news._id=307633

(17) اتفاقية روما: أينما ورد هذا المصطلح في الدراسة، يُقصد به اتفاقية روما لعام 1980م بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

(18) القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، منعقد تحت رعاية غرفة تجارة وصناعة دبي، الفترة من 9-11 ربيع الأول 1424هـ، الموافق 10-12 مايو 2003م، المجلد الرابع، ص1611.

(19) انظر: إسماعيل، العقود الدولية والتحكيم فيها، ص32-33.

(20) تفصيلاً راجع: الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، ص15-16.

(21) خالد، ماهية العقد الدولي، 43.

(22) الجازي، عمر مشهور حديثة (2002). التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد التاسع، ص196.

(23) عبد الدائم، مرجع سابق، ص18.

(24) ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، ص53-54.

(25) قاعدة الإسناد: هي قاعدة وطنية تنحصر وظيفتها في إسناد العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة لحكمها. انظر: الهداوي، تنازع القوانين، ط1، ص144.

(26) وريكات، التعاقد عبر الهاتف الخلوي، دراسة في التشريع الأردني، ص124.

(27) الشرايري، ضوابط تدويل معاملات المستهلك في نظام التجارة الإلكترونية، بحث مقبول للنشر في مجلة القانون، العدد 19، ص10.

(28) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.umbricht.ch/pdf/swisspil.pdf.

(29) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في الموقع الإلكتروني التالي:

http://ccq.lexum.org/ccq/section.do?lang=fr&article=3111.

(30) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html.

(31) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في موقع شبكة المعلومات العربية القانونية الإلكتروني التالي:

http://www.eastlaws.com/tash/tashsearch.aspx

(32) يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في موقع شبكة المعلومات العربية القانونية الإلكتروني التالي:

http://www.www.eastlaws.com/tash/tashsearch.aspx

(33) لمزيد من التفصيل حول هذه النصوص انظر: دواس، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ص137-156.

(34) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html.

(35) وفي هذا المجال قضت محكمة التمييز الأردنية: "أن المحاكم مقيدة بقوانين مرعية يجب الإذعان لها ولا يستند لمبادئ العدالة العامة إلا في حالة عدم النص"، تمييز حقوق رقم 424، لسنة 2008م، منشورات مركز عدالة.

(36) الصرايرة، التعاقد بطريق الحاسوب، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 23، العدد 5، 2008، ص57.

(37) عبد الدائم، العقد الإلكتروني، بحث منشور في مجلة بحوث جامعة حلب، سلسلة العلوم القانونية، العدد 44، 2010، ص144.

(38) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of

information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), available at: http://eur-lex.europa.eu/ lexuriserv/ lexuriserv.do? uri= celex: 32000 L0031:en :html.

(39) ضابط الإسناد: هو نقطة الارتكاز التي تربط بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه.

(40) مساعدة، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الإلكترونية في القانون الأردني، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 8، ص172. والشرايري، مرجع سابق، ص18.

(41) انظر: المادة (29) مدني أردني.

(42) إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط2، ص10، وكذلك ص346.

(43) عرب، الإشكاليات القانونية للتعاقد عبر الهاتف النقال، ص110.

(44) محمود، مرجع سابق، ص98.

(45) حورية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، مجلة دولية علمية محكمة تصدرها جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، السنة الثانية عشر، العدد 23، نوفمبر 2012م، ص40.

(46) سلهب، مرجع سابق، ص79-80.

(47) حورية، مرجع سابق، ص40.

(48) مخلوف، العقود الدولية، ط3، ص42.

(49) صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط5، ص60.

(50) Jean – Michel Jacquet, principe d’autonomie et contrats internationaux, public avec la concours diministre des universities “ECONOMICA”, 1983, p. 253، مشار إليه لدى: الشرقاوي، مرجع سابق، ص186.

(51) سلامة، مرجع سابق، ص84، بند 129.

(52) القصبي، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة العربية، 1997، ص57 وما بعدها، بند 21.

(53) الشرايري، مرجع سابق، ص20.

(54) صادق، مرجع سابق، ص94 وما بعدها.

(55) سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط1، ص2.

(56) القصبي، مرجع سابق، ص60، بند 21.

(57) (57) Erin Ann O’Hara and Larry E. Ribstein, Conflict of Laws and Choice of Law, George Mason University School of Law, 1999, p. 633.

والشرايري، مرجع سابق، ص17.

(58) المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط1، الإصدار الرابع،ص70.

(59) القصبي، مرجع سابق، ص11، بند 6.

(60) Erin Ann O’Hara and Larry E. Ribstein op.cit., p. 636.

(61) عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية الإلكترونية، ط3، ص15. والشرايري، مرجع سابق، ص18.

(62) دواس، مرجع سابق، ص143. والشرايري، مرجع سابق، ص22.

(63) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

http:// www. hcch. net/ index_en. php? act= conventions. text & cid=31.

(64) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text &cid=89.

(65) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text &cid=61.

(66) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text &cid=31.

(67) يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية في الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text &cid=89.

(68) الشرايري، مرجع سابق، ص24.

(69) فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما بتاريخ 19 يونيو 1980م، ط4، ص152.

(70) انظر: نص المادة الثانية من الاتفاقية.

(71) أشار إليها: مخلوف، مرجع سابق، ص4.

(72) أشار إليها: مخلوف، مرجع سابق، ص46.

(73) انظر في تفاصيل هذا الحكم: دواس، مرجع سابق، ص143-144.

(74) انظر: دواس، مرجع سابق، ص144.

(75) انظر: مخلوف، مرجع سابق، ص47.

(76) مساعدة، مرجع سابق، ص162.

(77) الإيجاب الملزم هو الإيجاب المحدد بمدة زمنية لا يستطيع فيها الموجب العدول عن إيجابه المحدد. انظر: الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، ط3، ص91.

(78) السيد، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، 1998، ص110. ومساعدة، مرجع سابق، ص163.

(79) Chssick. M. Kelmdn, A. Electronic Law practice, Sweet and Max well, London, 2010, p. 10.

(80) تنص المادة (163) من القانون المدني الأردني على أن: "1. يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد، 2. فإن منع الشارع التعامل في شيء، أو كان مخالفاً للنظام العام، أو للآداب كان العقد باطلاً، 3. ويعد من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف، وفي العقار، والتصرف في مال محجوز ومال الوقف ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية". وانظر: مساعدة، مرجع سابق، ص164.

(81) مساعدة، مرجع سابق، ص165.

(82) المنصور، والشرايري، الاحتجاج بالمراسلات التجارية الإلكترونية بموجب قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م، مجلة مؤتة للبحوث، المجلد 22، العدد 2، 2007م، ص14. ومساعدة، مرجع سابق، ص174.

(83) دودين، مرجع سابق، ص83. ومساعدة، مرجع سابق، ص175.

(84) مساعدة، مرجع سابق، ص176.

(85) الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط1، ص150.

(86) سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي، بحث منشور في مجلة السياسة والقانون، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، العدد 4، 2012م، ص232. ومساعدة، مرجع سابق، ص176.

(87) الهداوي، مرجع سابق، ص189. ومساعدة، مرجع سابق، ص177.

(88) المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة مع القانون الأردني ومع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، ص280.

(89) المصري، مرجع سابق، ص281. ومساعدة، مرجع سابق، ص178.

(90) يقصد بهما: القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والقانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

(91) الشرايري، مرجع سابق، ص19.

(92) انظر: دليل تشريع القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المعد من قبل Uncitral، زاي – المساعدة المقدمة من أمانة Uncitral، www.uncitral.org/en-indey.htm.

(93) انظر: دليل تشريع قانون Uncitral النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، ملحق إضافة المادة (5) مكرر – الإدراج بالإشارة (الصيغة التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الحادية والثلاثين المعقودة في حزيران/ يونيو 1998م المنشورة في يناير 1999م، فينا، http://www.uncitral.org.

(94) انظر: دليل تشريع القانون النموذجي المعد من قبل Uncitral بشأن التوقيعات الإلكترونية، الفصل الثاني – التعليق على المواد مادة مادة، تعليق المادة (11)، فقرة (144).

(95) الفصل الثاني، المادة (11)، فقرة (144)، دليل تشريع القانون النموذجي المعد من قبل Uncitral بشأن التوقيعات الإلكترونية.

(96) الدورة الرابعة والأربعون، فينا، 11–22 أكتوبر 2004، الوثيقة رقم 110، A/cn.9/wgiv/w.p.، منشور على الموقع الإلكتروني للجنة www.uncitral.org.

(97) Dupuis Toubol, Contracting On The Net: Proof of Transaction, International Business Law, Electronic Commerce: Legal Aspects, 1998, n3, p. 334.

(98) Electronic Transaction And Consumer Protection, Activities of The European Union (Consumers), http://www.europa.eu.int/pol.

(99) Electronic Transaction and Consumer Protection, Activities of the European Union (Consumers), http://www.europa.eu.int/pol.

(100) الفصل الثاني، المادة (11)، فقرة (144)، دليل تشريع القانون النموذجي المعد من قبل Uncitral بشأن التوقيعات الإلكترونية.

(101) Activities Of The European Union, op.cit., p.11.

(102) حيث نجد أن القانون البريطاني الموحد للعقود والصادر عام 1977م قد تضمنت المادة (2/27) النص على "إعطاء أولوية التطبيق لهذا القانون على الرغم من اختيار الأطراف لقانون آخر، إذ كان أحد المتعاقدين له صفة المستهلك وله محل إقامة معتادة في بريطانيا وأتم فيها التصرفات والإجراءات الضرورية لإبرام العقد، وذلك باعتبار القانون البريطاني قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك". راجع نصوص هذا القانون:

Halsbury's: Laws Of England, Fourth Edition Relssue (1989, 2002), 1989, p. 1016.

(103) انظر: سفيان، مرجع سابق، ص230-231. والشرايري، مرجع سابق، ص25.

(104) نقلاً عن: الشرايري، مرجع سابق، ص27.

(105) نقلاً عن: الشرايري، مرجع سابق، ص27.

(106) انظر: القصبي، مرجع سابق، ص117 وما بعدها، بند 40.

(107) نقلاً عن: عبد المجيد (2010)، ص191.

(108) سلامة (2007)، ص1104-1106.

(109) صادق (2008)، ص20.

(110) سلامة (2007)، مرجع سابق، ص1105.

(111) T.C. Hartely, Consumer Protection in E.E.C. Convention, in Contract, North Holland, Amesterdam, 2009, p. 111.

والشرايري، مرجع سابق، ص28.

(112) العلا، توجه المجموعة الأوروبية نحو حماية المستهلك في مجال تنازع القوانين، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السنوي الثاني للسوق العربية المشتركة ومستقبل الاقتصاد العربي 25-26 نوفمبر 2010م، جامعة أسيوط، ص10، متوفرة من خلال شبكة الإنترنت.

(113) عبد الرحمن، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، ط1، ص29، بند 23.

(114) أبو العلا، مرجع سابق، ص13.

(115) الشرايري، مرجع سابق، ص29.

(116) الشرايري (2013). مرجع سابق، ص36.

(117) ياقوت (2004). مرجع سابق، ص138.

(118) صادق (2008). مرجع سابق، ص48-49.

(119) عبد المجيد (2010). مرجع سابق، ص188.

(120) سلامة (2007). مرجع سابق، ص885.

(121) سلامة (2007). مرجع سابق، ص886.

(122) إسماعيل (2012). مرجع سابق، ص650.

(123) القصبي (2003). ص1613.

(124) انظر تفصيلاً: عبد العال (2008). مرجع سابق، ص30-31.

(125) عبد المجيد (2010). مرجع سابق، ص185.

(126) نقلاً عن: ياقوت (2004). مرجع سابق، ص168.

(127) الرفاعي (2013). مرجع سابق، ص146.

(128) ياقوت (2004). مرجع سابق، ص158.

(129) صادق (2008). مرجع سابق، ص50-51.

(130) سلامة (2007). مرجع سابق، ص890.

(131) نقلاً عن: ياقوت (2004). مرجع سابق، ص181.

(132) صادق (2008). مرجع سابق، ص58.

(133) الرفاعي (2013). مرجع سابق، ص150.

(134) صادق (2008). مرجع سابق، ص60.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب القانونية

إبراهيم، إبراهيم أحمد، 2002، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2.

إسماعيل، محمد عبد المجيد، 2012، العقود الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

الجبوري، ياسين، 2012، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط3.

الجنيهي، منير محمد، وممدوح محمد، 2010، قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط3.

خليل، خالد عبد الفتاح، 2002، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

داوود، أحمد محمد علي، 2013، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، الإصدار الثالث.

دواس، أمين، 2001، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الشروق، عمان، الأردن، ط1.

دودين، بشار، 2013، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، الإصدار السادس.

الرفاعي، بدران شكيب، 2013، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط1.

سلامة، أحمد عبد الكريم، 2009، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5.

سلامة، أحمد عبد الكريم، 2007، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

سيد، محمود، 1998، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة.

الشرقاوي، محمود سمير، 1992، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.

صادق، هشام، 2008، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5.

عبد الرحمن، عبد الحكيم مصطفى، 1997، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

عبد العال، عكاشة، 2008، قانون العمليات المصرفية الدولية الإلكترونية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ط3.

عبد المجيد، منير، 2010، التنظيم القانوني للتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1.

فرج، طرح البحور علي حسن، 2010، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط4.

القصبي، عصام الدين، 2010، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3.

المصري، محمد وليد، 2002، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة مع القانون الأردني ومع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، مكتبةالجامعة، عمان، الأردن، ط1.

المطالقة، محمد، 2012، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، الإصدار الرابع.

مخلوف، حنان عبد العزيز، 2013، العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3.

هداوي، حسن، 2009، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوصفية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، الإصدار الثالث، ط1.

ياقوت، محمود محمد، 2004، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

Dupuis Toubo. 1998. *Contracting on the Net: Proof of Transaction*, International Business Law, Electronic Commerce: Legal Aspects, (3).

Chssick. M. Kelmdn. A. 2010. *Electronic Law practice*, Sweet and Maxwell, London.

Erin Ann O'Hara and Larry E. Ribstein. 1999. *Conflict of Laws and Choice of Law*, George Mason University School of Law.

Halsbury's. 1989. Laws of England, Fourth Edition Rellsue.

T.C. Hartely. 2009. Consumer Protection in E.E.C. Convention, in Contract, North Holland, Amesterdam.

United Nationsl Commission on International Trade Law: Year Book, xxxi2001.

ثالثاً: الرسائل والأبحاث والمقالات والمؤتمرات

أبو العلا، أبو العلا علي، 2010، توجه المجموعة الأوروبية نحو حماية المستهلك في مجال تنازع القوانين، المؤتمر السنوي الثاني للسوق العربية المشتركة ومستقبل الاقتصاد العربي، الفترة 25-26 نوفمبر، جامعة أسيوط.

حزبون، جورج، 2002، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (26)، العدد (2).

حورية، لشهب، 2012، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، السنة (12)، العدد (23)، نوفمبر.

زايدي، ناصر بدران، 2009، العوامل المؤثرة في ولاء المستهلك للمنتجات الغذائية الوطنية في دولة الكويت، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، الأردن.

سفيان، شبة، 2012، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي، مجلة السياسة والقانون، جامعة الجيلاني اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، العدد (4).

سلهب، لما عبد الله صادق، 2008، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين.

الشرايري، قيس، 2013، ضوابط تدويل تعاملات المستهلك في نظام التجارة الإلكترونية، بحث مقبول للنشر، مجلة القانون، جامعة عدن، العدد 19.

الصرايرة، منصور، 2008، التعاقد بطريق الحاسوب، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد (23)، العدد (5).

الصرايرة، منصور، 2009، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (25)، العدد (2).

عبد الدائم، أحمد، 2010، العقد الإلكتروني، مجلة بحوث جامعة حلب، سلسلة العلوم القانونية، العدد (44).

عرب، عمر سفيان، 2011، الإشكاليات القانونية للتعاقد عبر الهاتف النقال، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، الأردن.

العيد، حداد، 2009، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من 28-29 أكتوبر، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا.

"قانون حماية المستهلك لا زال في أروقة الصناعة والتجارة"، مقال في جريدة العرب اليوم:

http://www.alarabai/awn.net/print/php?new_id=307633 تاريخ الدخول: 2013/5/18، ساعة الدخول: السادسة والنصف مساءً.

القصبي، عصام الدين، 2003، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، الفترة من 9-11 ربيع الأول 1424هـ الموافق 10-12 مايو 2003م، المجلد (4).

محمود، عبد الله ذيب، 2012، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين.

المنصور، أنيس والشرايري، قيس، 2007، الاحتجاج بالمراسلات التجارية الإلكترونية بموجب قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م، مجلة مؤتة للبحوث، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد الثاني والعشرون، العدد الثاني.

مساعدة، نائل، 2007، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الإلكترونية في القانون الأردني، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، المجلد الثالث عشر، العدد الثامن.

الوريكات، رامي، 2013، التعاقد عبر الهاتف الخلوي، دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الأردن.

رابعاً: التشريعات

القانون المدني المصري لسنة 1948م.

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.

قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م.

قانون حماية المستهلك المصري رقم (67) لسنة 2006م.

القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987م.

التقنين المدني لإقليم كيبك في كندا لسنة 1994م.

القانون التجاري الموحد الأمريكي لسنة 1978م.

قانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة 1985م.

مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998م.

القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب الآلي لسنة 1999م.

قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2004م.

القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المعد من قبل (UNCITRAL).

القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية المعد من قبل (UNCITRAL).

القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2000م.

قانون التجارة الإلكتروني الأمريكي لسنة 2001م.

قانون الاتصال الإلكتروني البريطاني لسنة 2000م.

قانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي لسنة 2000م.

قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000م.

خامساً: الاتفاقيات الدولية والتوجيهات الأوروبية

اتفاقية روما لعام 1980م بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

اتفاقية لاهاي لسنة 1955م بشأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية.

اتفاقية لاهاي لسنة 1978م بشأن القانون واجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية.

اتفاقية لاهاي لسنة 1986م بشأن القانون واجب التطبيق على عقود بيع البضائع الدولية.

اتفاقية مكسيكو لسنة 1994م بين الدول الأمريكية بشأن القانون واجب التطبيق على العقود الدولية.

التوجيه الأوروبي رقم 2008/593 الصادر عن المجلس والبرلمان الأوروبي في 2008/6/17م بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

مشروع الاتفاقية الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية المعدة من قبل (UNCITRAL).

Law Applicable to Consumer E-Contracts of International Nature

Mohannad Azmi Abu Moghli, Manousr Abd Al-Salam Al-Sararia*

ABSTRACT

This study intended to explain the legal regulations which govern the internationalization of consumer transactions within the e-trade regulation through explicating the relevant law applicable to the relationship between the consumer and the authorities to be dealt with, and also through demonstrating the standard appropriate for international contracts marked by foreign elements. Then this study seeks to explain the constraints for internationalizing this relationship in light of the Jordanian legislations along with some States' legislations related to e-commerce, and also explain the stance of Roma Convention of 1980 towards the Law applicable to contractual obligations. All this is designed to provide protection for the consumer in light of the absence of legislative protective provisions. The study came to the conclusion that the comparative legislator has not tackled the issue of determining the law applicable to the consumer's e-transactions. Therefore, the study calls on the Jordanian legislator or lawmaker to address this legislative deficiency by way of intervention to draw up special attribution rules grounds commensurate with the nature of consumer e-contracts which are internationally oriented.

Keywords: Consumer, Attribution Rules, Rules Of The Police, Legislative Jurisdiction, E-Commerce, Jordanian Legislation, E-Contract.

* Faculty of Law, Middle East University, Amman, Jordan. Received on 4/6/2013 and Accepted for Publication on 8/4/2014.